

UiO • Det juridiske fakultet

Ekstraterritoriell anvendelse av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 2 – retten til liv

- *Er drap i seg selv tilstrekkelig til at EMK artikkel 2 kommer til anvendelse ekstraterritorielt?*

Kandidatnummer: 706

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 17 862



Forord

Jeg ønsker å takke alle de fine menneskene jeg har hatt rundt meg i denne skriveprosessen. Første og største takk går til veilederen min for raske, kritiske og ikke minst alltid konstruktive tilbakemeldinger. En stor takk rettes også til International Law and Policy Institute (ILPI) for skriveplass, koselige lunsjpauser og ikke minst æren av å være en ILPI-ansatt-kollega. Som ILPI-ansatt må Ann-Therese Kildal nevnes spesielt – takk for hjertevarme, koselige middager, høstløvkriger og godt selskap under lange skrivetimer.

Jeg ønsker også å takke familie og venner for uvurderlig moralsk støtte under mitt arbeide med oppgaven. En spesiell takk rettes i den forbindelse til språkmektige Eivind Høibø for glimrende innspill, samt til mamma og Bjørn Tore for støtte til en til tider ganske stusselig student i form av oppmuntrende tilrop, teknisk utstyr, middager og konstruktive innspill.

Du er heller ikke glemt Tubero – takk for fine samtaler og for din utrettelige tålmodighet og hjelp da jeg sloss med Word-formateringene.

Tilslutt er det en person som har vært i mine tanker under hele skriveprosessen som må nevnes – pappa, takk for at du var akkurat min pappa.

Oslo, 19. november 2013.

Innholdsfortegnelse

1	INTRODUKSJON	1
1.1	Tema	1
1.1.1	Problemstilling	1
1.1.2	Avgrensninger	2
1.1.3	Videre fremstilling.....	5
1.2	Metode	6
1.2.1	Generell menneskerettslig metode.....	6
1.2.2	EMKs spesielle metode	8
1.2.3	Metode i forbindelse med tolkning av SP og AMK	9
1.3	Retten til liv	9
2	EKSTRATERRITORIELL JURISDIKSJON = KONTROLL	12
2.1	Menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep	12
2.1.1	EMKs jurisdiksjonsbegrep	14
2.1.2	SPs og AMKs jurisdiksjonsbegrep	16
2.2	Kontrollens natur	19
2.2.1	Individkontroll	19
2.2.2	Territoriell kontroll	20
2.3	Avklaringer	22
3	EKSTRATERRITORIELL ANVENDELSE AV EMKS BESTEMMELSE OM RETTE TIL LIV – NÅR OPPSTÅR KONTROLL?	24
3.1	Problembeskrivelse	24
3.2	Bruk av dødelig makt ekstraterritorielt uten at kontroll er etablert	25
3.2.1	Utgangspunkt.....	25
3.2.2	<i>Banković med flere mot Belgia med flere</i>	25
3.3	Bruk av dødelig makt ekstraterritorielt der kontroll er etablert	27

3.3.1	Kreves en forutgående handling for at kontroll kan bli etablert?	27
3.3.2	Er drapet i seg selv en utøvelse av kontroll?	30
3.3.3	<i>Al-Skeini med flere mot Storbritannia</i>	36
3.4	Delkonklusjon	40
4	SAMMENLIKNINGER OG RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER	42
4.1	Rettspolitiske betraktninger	42
4.2	EMDs tolkning av kontrollbegrepet sammenliknet med tolkningen av kontrollbegrepet i gjennomføringsmekanismene til SP og det inter-amerikanske systemet	48
4.3	“Espace juridique”	55
5	KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	58
6	LITTERATURLISTE	62

1 Introduksjon

1.1 Tema

Tema for denne oppgaven er den ekstraterritorielle anvendelsen av artikkel 2 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Ekstraterritoriell anvendelse av en internasjonal menneskerettighetskonvensjon innebærer at konvensjonen får anvendelse på handlinger utenfor territoriet til staten som har ratifisert den. Mer konkret vil følgelig denne oppgavens tema være omstendighetene rundt anvendelsen av EMKs bestemmelse om retten til liv ved statsagenters bruk av dødelig makt utenfor eget territorium.

Bakgrunnen for oppgavens tema er dagens verdensbilde der mange stater har til dels omfattende tilstedeværelse utenfor egne grenser eksempelvis i form av fredsbevarende styrker, politietterforskere, styrkebidrag til internasjonale organisasjoner som NATO, eller som ledd i den såkalte krigen mot terror. Dersom en statsaktør på et slikt oppdrag ender med å utøve dødelig makt mot eksempelvis en sivil person, er det i dag ikke klart under hvilke omstendigheter EMK artikkel 2 kommer til anvendelse. Som oppgaven skal vise bunner denne uavklarte situasjonen delvis i EMKs konvensjonstekst, delvis i motstridende avgjørelser i konvensjonens gjennomføringsmekanisme – Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) – og delvis i temaets sensitive og politiserte natur.¹ Alle disse tre leddene vil følgelig være tema for denne oppgaven.

1.1.1 Problemstilling

Den overordnede problemstillingen i oppgaven er spørsmålet om under hvilke omstendigheter EMK artikkel 2 kommer til anvendelse når en konvensjonsstat bruker dødelig makt utenfor sitt territorium.

¹ I EMK artikkel 19 utpekes EMD som konvensjonens gjennomføringsmekanisme. Artikkel 32 (2) sier “I tilfelle tvist om Domstolen har jurisdiksjon, skal Domstolen avgjøre spørsmålet.”

Oppgaven vil legge stor vekt på den mer spesifikke problemstillingen om hvorvidt det kreves en handling forutfor en statsagents utøvelse av dødelig makt for at EMK artikkel 2 skal komme til anvendelse ekstraterritorielt, eller om drapet i seg selv er tilstrekkelig.

Oppgaven stiller avslutningsvis spørsmål om under hvilke omstendigheter EMK artikkel 2 De lege ferenda bør komme til anvendelse ved statsaktørers bruk av dødelig makt ekstraterritorielt, og setter med det fokus på de rettspolitiske vurderingene som ligger bak dagens tildels uklare situasjon. Oppgaven vil, i forbindelse med de rettspolitiske vurderingene, sammenlikne omstendighetene som ligger til grunn for EMKs ekstraterritorielle anvendelse med omstendighetene som ligger til grunn for den ekstraterritorielle anvendelsen av bestemmelsen om liv i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og i Den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen (AMK). I denne sammenlikningen vil oppgaven fokusere på gjennomføringsmekanismene til SP og AMK sine tolkninger av konvensjonenes jurisdiksjonsklausuler og deres ekstraterritorielle anvendelse av retten til liv, for så tilslutt å vurdere om disse tolkningene kan være aktuelle tolkninger også av EMKs ekstraterritorielle anvendelsesområde.

1.1.2 Avgrensninger

Hovedvekten i oppgaven vil ligge på EMK da EMD er den domstolen som har behandlet spørsmålet om ekstraterritoriell anvendelse av bestemmelsen om rett til liv flest ganger og mest inngående, og slik danner grunnlaget for det menneskerettighetssystemet i dag med størst direkte innvirkning på konvensjonsstaters politikk.² SP og AMK, som også er sentrale menneskerettighetskonvensjoner i forbindelse med retten til liv, vil bli behandlet for sammenlikningens skyld, og følgelig ikke like inngående som EMK.

Oppgaven vil videre kun fokusere på under hvilke omstendigheter EMKs artikkel 2 kommer til ekstraterritoriell anvendelse. Ved å slik fokusere spesielt på retten til liv vil det være

² Se blant annet Milanovic (2011) side 4.

enklere å se under hvilke omstendigheter EMK får ekstraterritoriell anvendelse – grunnen til dette er at det ved drap ofte er enkelt å skille mellom hva som er en forutgående hendelse og hva som er selve drapet. Denne avgrensningen betyr imidlertid også, på grunn av retten til liv sin særstilling i menneskerettighetene, at oppgaven ikke nødvendigvis vil kunne si noe om de spesifikke omstendighetene for EMK sin generelle ekstraterritorielle anvendelse.³ Dette er da heller ikke oppgavens intensjon – på tross av at det ikke er umulig at omstendighetene som ligger til grunn for ekstraterritoriell anvendelse av EMK artikkel 2 også kan si mye om når EMK i sin helhet får ekstraterritoriell anvendelse – oppgaven vil kun fokusere på EMKs artikkel 2 og dennes ekstraterritorielle anvendelse.

For at en stat skal kunne pådra seg statsansvar er det ikke nok at handlingen (eller unnlatelsen) er et brudd på en internasjonal forpliktelse, det må også være klart at handlingen kan tillegges staten.⁴ Spørsmålet om handlingen kan tillegges staten eller noen andre faller utenfor oppgavens rekkevidde. Når det i denne oppgaven diskuteres om en konvensjon kommer til anvendelse som følge av en handling, er det dermed forutsatt at handlingen kan tillegges staten.

Videre må det presiseres at uttrykket “ekstraterritoriell anvendelse” av EMK også kan forstås som at konvensjonen uttrykker en “non-refoulement”-regel på utlendingrettens område.⁵ Spørsmålene rundt en slik ekstraterritoriell anvendelse av non-refoulement-forpliktelser er ikke et tema for denne avhandlingen.

EMKs ekstraterritorielle *virkning* medfører, i motsetning til dens ekstraterritorielle *anvendelse*, at en handling en stat foretar på eget territorium har den konsekvens at en person

³ Se eksempelvis EMDs omtale av retten til liv som: “...the supreme value in the international hierarchy of human rights...” i *Streletz, Kesser og Krenz mot Tyskland*, avsnitt 87.

⁴ Dette har lenge vært ansett å være sedvane, men er nå også nedfelt i Folkerettskomisjonens Utkast til regler om statsansvar (2001), artikkel 2.

⁵ Se eksempelvis FNs høykommissær for flyktningers rådgivende uttalelse (2007).

utenfor statens grenser blir utsatt for et brudd på EMK.⁶ Slik ekstraterritoriell virkning vil i hovedsak falle utenfor oppgaven, men vil likevel bli behandlet der EMDs avgjørelser og uttalelser i forbindelse med saker med ekstraterritoriell virkning kan brukes til å belyse EMKs ekstraterritorielle anvendelse.

Omfanget av en stats forpliktelser når EMK anvendes ekstraterritorielt faller også utenfor oppgavens problemstilling – dette betyr at rekkevidden av en stats positive og negative forpliktelser i forbindelse med ekstraterritoriell anvendelse av EMK artikkel 2 ikke vil bli behandlet.

Spørsmålet om den ekstraterritorielle anvendelsen av humanitærretten er i all hovedsak avklart ved at Genèvekonvensjonene slår fast at stater skal respektere og sikre konvensjonene “in all circumstances”.⁷ På tross av at spørsmålet om ekstraterritoriell anvendelse av EMK artikkel 2 gjør seg gjeldende også i væpnet konflikt, og slik har flere kontaktpunkter med humanitærretten, vil disse av plasshensyn likevel ikke behandles i denne oppgaven.

Å redegjøre for en eventuell sedvanerettslig utvikling for statlig ekstraterritoriell utøvelse av dødelig makt vil falle utenfor oppgaven både i kraft av å være så omfattende at det fortjener egen behandling, men også fordi man da vil bevege seg bort fra menneskerettighetenes område, som denne oppgaven konsentrerer seg om, og inn på folkerettens område.

Det faller også utenfor oppgaven å gå i dybden på EMDs og andre relevante mekanismers generelle metode, da dette er grundig belyst i teorien. En kort fremstilling følger likevel for ordens skyld nedenfor. De forskjellige relevante mekanismers metode vil bli gjentatt eller ytterligere understreket underveis i oppgaven der det er nødvendig for å forstå resultatet av tenkemåten bak en domstols avgjørelse.

⁶ Se blant annet *Den Europeiske Menneskerettighedskonvention art. 1-9* (2011) side 82.

⁷ Genèvekonvensjonene, felles artikkel 1.

1.1.3 Videre fremstilling

For å svare på problemstillingen om under hvilke omstendigheter EMK får ekstraterritoriell anvendelse når en stat bruker dødelig makt utenfor sitt territorium, må det først undersøkes kort hva som ligger i begrepet “jurisdiksjon”.⁸ Dette fordi både EMK, SP og AMK definerer sitt anvendelsesområde gjennom en jurisdiksjonsklausul. Kapittel to vil følgelig først analysere EMKs jurisdiksjonsklausul og deretter vil jurisdiksjonsklausulene i SP og AMK bli analysert slik at kapittel fire senere kan foreta en sammenlikning mellom de forskjellige gjennomføringsmekanismenes tolkning av jurisdiksjonsbegrepet. Tilslutt i kapittel 2 vil oppgaven kort gjennomgå og vise hvordan en ekstraterritoriell anvendelse av EMK, SP og AMK har utviklet seg til å gjøre seg gjeldende der en konvensjonsstat har jurisdiksjon over et territorium (territoriell kontroll) og der den har jurisdiksjon over en person (individkontroll).

I kapittel tre vil oppgaven knytte den ekstraterritorielle anvendelsen av EMK spesielt til retten til liv, og undersøke under hvilke omstendigheter konvensjonen kommer til anvendelse ekstraterritorielt ved statsagenters bruk av dødelig makt. Kapittelet vil særlig inngående drøfte om det kreves en forutgående hendelse for at konvensjonen skal komme til anvendelse ekstraterritorielt – altså for at jurisdiksjon skal være utøvd – eller om drapet i seg selv er tilstrekkelig til at EMK artikkel 2 kommer til ekstraterritoriell anvendelse.

Kapittel fire vil fokusere på tolkningen av EMKs jurisdiksjonsklausul De lege ferenda, og gjør dette ved å greie ut om de rettspolitiske vurderingene rundt konvensjonens ekstraterritorielle anvendelse i forbindelse med bruk av dødelig makt. EMDs tolkning av EMKs ekstraterritorielle anvendelse vil også bli sammenliknet med den internasjonale domstolen i Haags (ICJs), FNs menneskerettighetskomité (menneskerettighetskomiteens) tolkning av SP samt den amerikanske menneskerettighetskommisjonens tolkning av AMK for å se om

⁸ I den norske oversettelsen av EMK brukes ordet “myndighetsområde” om det engelske ordet “jurisdiction”, denne oppgaven vil hovedsakelig bruke ordet “jurisdiksjon”.

disse instrumentene har kommet opp med løsninger som også kan være aktuelle for EMDs tolkning av EMK.

I kapittel fem vil oppgaven konkludere, samtidig som viktig kritikk og egne meninger om temaet og konklusjonene behandles kort.

1.2 Metode

Oppgaven vil ha et rettsdogmatisk utgangspunkt der retten De lege lata står i sentrum. Fordi oppgaven i tillegg sikter seg inn på å analysere enkelte rettspolitiske betraktninger i forbindelse med den ekstraterritorielle anvendelsen av nevnte menneskerettighetskonvensjoner, vil også den rettspolitiske metode bli anvendt mot slutten av oppgaven.

1.2.1 Generell menneskerettslig metode

I tolkningen av EMK, så vel som i andre konvensjoner inngått mellom stater, skal tolkningsprinsippene slått fast i Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31-33 anvendes.⁹ For EMKs del er dette slått fast flere ganger i EMD.¹⁰ Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av alle stater, men det er antatt at prinsippene vedtatt i ovennevnte artikler kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett.¹¹ Det er likevel viktig å presisere at konvensjonen ikke gir noen uttømmende liste over de tolkningsprinsipper som benyttes i tolkningen av internasjonale menneskerettigheter.¹² Wien-konvensjonen artikkel 31(1) lyder som følgende:

⁹ Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

¹⁰ Se blant annet *Golder mot Storbritannia*, avsnitt 29-30.

¹¹ Se blant annet Elgesem (2003) side 206.

¹² Ibid. side 206.

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”¹³

Artikkelen slår fast at det skal tas utgangspunkt i den vanlige språklige forståelsen ved tolkningen av en konvensjon samt at det skal legges vekt på hensikten og formålet bak konvensjonen. Videre må enhver artikkels ordlyd tolkes i sammenheng med resten av konvensjonen, og følgelig skal konvensjonen leses som en helhet.¹⁴

Jf. artikkel 32 skal forarbeider kun være et supplerende middel ved tolkningen av konvensjoner. At forarbeider har en så lite sentral plass ved tolkningen av konvensjoner, sammenliknet med eksempelvis norsk rett, skyldes blant annet grunntesen i folkeretten om at alle stater er suverene, samt at menneskerettighetskonvensjonene skal være levende og dynamiske instrumenter som skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen.¹⁵ På tross av at Wien-konvensjonen slår fast at forarbeider kun skal være et supplerende tolkningsmiddel, har forarbeider likevel blitt benyttet i større grad på menneskerettighetsområdet enn i mye annen folkerett.¹⁶

Gjennomføringsmekanismenes rettspraksis og deres konvensjonstolknings relevans sier derimot Wien-konvensjonen ikke mye om, likevel har rettspraksis vist seg som en viktig rettskilde som gjennomføringsmekanismene selv stadig vender tilbake til ved avgjørelsen av nye saker. Om rettspraksisens viktighet forankres i rule-of-law som sedvane der tidligere

¹³ Oppgaven vil gjengi all konvensjonstekst på engelsk da engelsk er et av de autoritative språkene i samtlige instrumenter behandlet i oppgaven. Som Wien-konvensjonen artikkel 33 (1) presiserer er alle de autentiske språkversjonene av konvensjonstekstene likestilte. Se blant annet Høstmælingen (2012) side 96 og 97.

¹⁴ Se Wien-konvensjonens artikkel 31 første og andre ledd. Se også blant annet Elgesem (2003) side 207.

¹⁵ Se blant annet Høstmælingen (2012) side 95 og 96.

¹⁶ Ibid. side 96.

praksis blir inkludert, eller Wien-konvensjonens artikkel 31 (3b) der “subsequent practice” regnes som en rettskilde, strides de lærde.¹⁷

Uavhengig av praksisens forankring, vil rettspraksis være en stor del av denne oppgavens analysemateriale på samme måte som den er det i andre teoretiske verker. Oppgaven vil videre foreta en selvstendig etterprøving av disse primærkildene, selvsagt akkompagnert av rettsteoris analyse av de samme kildene.

1.2.2 EMDs spesielle metode

Den ovenfor nevnte generelle menneskerettslige metode ligger til grunn for tolkningen og forståelsen også av EMK, men i tillegg har EMK egne tolkningsprinsipper utviklet av EMD selv. I denne oppgaven vil kun de to tolkningsprinsippene som er mest aktuelle for oppgavens tema bli fremhevet.

I domstolens metode er det først og fremst viktig å merke seg at konvensjonen, mer enn hos andre menneskerettighetskonvensjoner, er et levende instrument – dette betyr at innholdet i ord og begreper vil endre seg over tid, i takt med samfunnsutviklingen.¹⁸ Her må det likevel understrekes at domstolens virksomhet er dømmende, ikke lovgivende, noe som setter en naturlig grense for hvor dynamisk domstolen kan tolke EMK.¹⁹

EMD er videre opptatt av at EMK skal bli tolket slik at beskyttelsen konvensjonen gir er praktisk og effektiv, og ikke teoretisk og illusorisk.²⁰

¹⁷ Ibid. side 98.

¹⁸ Dette er diskutert i en mengde dommer og avgjørelser, eksempelvis i *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31 og *Matthews mot Storbritannia* avsnitt 39.

¹⁹ Se blant annet *Høstmælingen* (2012) side 109.

²⁰ Se blant annet *Loizidou mot Tyrkia* avsnitt 72. Se også Leach (2011) side 163.

1.2.3 Metode i forbindelse med tolkning av SP og AMK

For oppgavens formål er det ikke nødvendig å gjennomgå den komplekse oppbygningen av gjennomføringsmekanismene til SP og AMK. Det er likevel enkelte særegenheter ved begge instrumenter som bør behandles kort.

Viktigst når det gjelder SP er at den ikke har en domstol på samme måte som EMK har. Overvåkningsmekanismen til SP heter FNs menneskerettighetskomité, og har som oppgave å gjennomføre SPs bestemmelser gjennom behandling av blant annet statsrapporter, mellomstatlige klager og avsigelse av generelle kommentarer.²¹ De generelle kommentarene er ikke juridisk bindende, men har stor vekt ved tolkningen av konvensjonen.²²

Når det gjelder det inter-amerikanske systemet er det til dels grunnleggende forskjellig fra EMD. Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen ble opprettet av Organisasjonen av amerikanske stater (OAS), og behandler i dag individklager både der rettsgrunnlaget er AMK og der rettsgrunnlaget er den amerikanske menneskerettighetserklæringen (for de statene som ikke har ratifisert AMK – eksempelvis USA).²³ Den amerikanske menneskerettighetskommisjonens konklusjoner er, på samme måte som menneskerettighetskomiteens, ikke rettslig bindende, men har likevel stor vekt.²⁴

1.3 Retten til liv

Før det kan diskuteres under hvilke omstendigheter EMK artikkel 2 får anvendelse ekstras territorielt ved bruk av dødelig makt utenfor sitt territorium, må det fastlegges hva retten til liv innebærer, og følgelig når retten til liv setter grenser for hvilken maktbruk statene kan utøve ovenfor individer på eget territorium.

²¹ Se blant annet Høstmælingen (2012) side 367.

²² Ibid. side 373.

²³ Ibid. side 401.

²⁴ Ibid. side 402.

I EMK er retten til liv nedfelt i artikkel 2 som begynner med setningen: “Everyone’s right to life shall be protected by law”. Denne setningen medfører at konvensjonsstatene skal beskytte retten til liv ved lov, og også at drap skal etterforskes og straffes. Konvensjonen sier spesifikt i artikkel 15 andre ledd at det ikke er mulig til å derogere fra denne rettigheten, med unntak av død som følge av lovlige krigshandlinger, og dermed er de fire unntakene fra retten til liv som artikkel 2 oppstiller absolutte og utgjør en uttømmende liste med unntak.

Første unntak er nedfelt i artikkelens første ledd og innebærer at en konvensjonsstat både kan avsi og effektivere dødsstraff uten at dette kommer i strid med retten til liv.²⁵

Viktigere for denne oppgavens tema er de tre unntakene oppstilt i artikkelens andre ledd der tre konkrete situasjoner med statlig utøvelse av dødelig makt over individer ikke regnes som et brudd på retten til liv. De tre situasjonene er der dødelig makt blir utøvd mens en person blir forsvart mot ulovlig vold, der en lovlig pågripelse skjer eller ulovlig flukt blir hindret, eller som siste alternativ beskriver; der opptøyer og opprør blir nedkjempet.

I forbindelse med disse situasjonene er det viktig å understreke at et hovedvilkår for at slik maktbruk likevel ikke skal innebære brudd på retten til liv, er at den ikke går lenger enn det som er absolutt nødvendig – maktbruken må alltid stå i forhold til målet.²⁶ Videre er det ikke vesentlig om statsaktøren hadde en intensjon om å ta livet av individet, eller om det var utilsiktet at maktutøvelsen medførte død – følgelig kan en stat bli ansvarlig for brudd på retten til liv dersom statsaktører utøver uforholdsmessig maktbruk som utilsiktet ender med tap av liv.²⁷ Viktig er det også at retten til liv innebærer både en negativ forpliktelse for stater til å avstå å ta liv, og en positiv forpliktelse for konvensjonsstatene til å beskytte ret-

²⁵ Se derimot EMKs tilleggsprotokoll 6 artikkel 1 om avskaffelse av dødsstraff.

²⁶ Se eksempelvis *Nikolova og Velichkova mot Bulgaria* avsnitt 62.

²⁷ Se blant annet *Den Europeiske Menneskerettighedskonvention art. 1-9* (2011) side 111.

ten til liv.²⁸ Denne oppgaven vil ikke fokusere på unnlatt beskyttelse av liv, men heller hovedsakelig konsentrere seg om den negative forpliktelsen til å ikke ta liv.²⁹

SPs artikkel 6 om retten til liv er litt annerledes utformet enn EMKs artikkel 2, men i hovedsak verner de de to bestemmelsene om det samme. Også AMKs artikkel om rett til liv kan, på tross av enkelte forskjeller, sies å likne på de to nevnte artikler så langt denne oppgavens tema gjelder; ingen skal bli urettmessig frarøvet livet.³⁰

²⁸ Ibid. side 117 og 118.

²⁹ Se avgrensningen i kapittel 1.1.2.

³⁰ En forskjell mellom EMK og det inter-amerikanske menneskerettighetssystemet er eksempelvis spørsmål hva gjelder abort, se blant annet Høstmælingen (2012) side 148.

2 Ekstraterritoriell jurisdiksjon = Kontroll

2.1 Menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep

EMKs anvendelsesområde blir definert i konvensjonens artikkel 1 med følgende ordlyd:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

Artikkelen slår fast at alle stater tilsluttet konvensjonen plikter å sikre rettighetene til alle som er innen deres “jurisdiction” – fordi begrepet ikke er definert noe sted i konvensjonen må det tolkes før konvensjonens ekstraterritorielle anvendelse kan fastlegges. Oppgaven vil gå inn i tolkningen av EMKs jurisdiksjonsbegrep i neste delkapittel. Først må imidlertid noen grunnleggende, men likevel hyppige, misforståelser om den generelle forståelsen av menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep avklares.

Når man snakker om jurisdiksjon i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner er det først og fremst viktig å presisere at man ikke snakker om en domstols jurisdiksjon, men derimot en stats jurisdiksjon.³¹ Jurisdiksjon er altså et slags terskelkriterium som må foreligge for at en stat innehar de forpliktelser konvensjonen opptegner. Marco Milanovic omtaler denne misforståelsen som “almost trivial”, samtidig som han påpeker at det likevel er “bewildering” hvor ofte misforståelsen forekommer.³²

Videre må det skilles mellom det jurisdiksjonsbegrepet som brukes i folkeretten og det som brukes i menneskerettighetskonvensjoner. Begrepet jurisdiksjon har flere forskjellige betydninger og blir blant annet i folkeretten ofte forstått som “myndighet til å lage og hånd-

³¹ Se blant annet Milanovic (2011) side 19.

³² Ibid. side 19.

heve lover”, eller som “den lovgivende, utøvende og dømmende makt en stat har”.³³ Følgelig er det folkerettslige jurisdiksjonsbegrepet tett knyttet til statens territorium.

På tross av at noe, særlig eldre, rettspraksis uttaler at menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep samsvarer med folkerettens, viser en inngående analyse av den samme rettspraksisen at realiteten er en annen.³⁴ Et eksempel som viser nettopp dette er *Banković med flere mot Belgia med flere* der EMD, på tross av sine uttalelser om at jurisdiksjon på de to forskjellige områdene betyr det samme, tydelig viser med måten det argumenteres på at menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep forstås som er et ganske annet enn det folkerettslige.

I *Banković* vurderes saken der et flyangrep mot kringkastingsbygningen i Beograd, utført av NATO i 1999, drepte seksten personer og såret like mange. Fem etterlatte og en overlevende etter angrepet tok saken helt til EMD da de mente at jurisdiksjon var ansett å omfatte statens handlinger også utenfor dens territorium.³⁵ Domstolen presiserte i sine premisser folkerettens territorielle tilknytning og viste til EMKs jurisdiksjonsklausul idet den uttalte at “...article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction...”.³⁶ På tross av at domstolen her med ordet “this” peker tilbake på den territorielle folkerettslige betydningen, og dermed setter likhetstegn mellom det menneskerettslige jurisdiksjonsbegrep i EMK artikkel 1 og det folkerettslige jurisdiksjonsbegrepet, diskuterer likevel seinere domstolen om saken forholdt seg slik at NATO-statene hadde kontroll på området.³⁷ En slik diskusjon om kontroll passer ikke inn i folkerettens forståelse av ordet jurisdiksjon; som handler om den lovgivende, dømmende og utøvende makt en stat har – dette viser at i praksis setter ikke domstolen likhetstegn mellom de to feltenes jurisdiksjonsbegreper. Denne forvirrende fremgangsmåten har i teorien blitt

³³ Se blant annet Milanovic (2011) side 21-39.

³⁴ Ibid. Side 21-39.

³⁵ *Banković med flere mot Belgia med flere*, avsnitt 46.

³⁶ Ibid. avsnitt 61.

³⁷ Ibid. avsnitt 61.

kritisert av svært mange – blant annet omtaler Milanovic denne delen av domstolens uttalelser som “a colossal non sequitur”, altså en feilslutning eller logisk brist.³⁸

Banković er en svært sentral og omdiskutert avgjørelse i forbindelse med kartlegging av EMDs forståelse av begrepet jurisdiksjon, og oppgaven vil komme tilbake til avgjørelsen med jevne mellomrom. I denne omgang holder det å trekke den fram som et eksempel på at det i praksis ikke kan settes likhetstegn mellom folkerettens og menneskerettighetenes jurisdiksjonsbegrep.

I neste delkapittel vil EMKs jurisdiksjonsbegrep analyseres nærmere før jurisdiksjonsbegrepene også i SP og AMK vil bli tolket for senere sammenliknings skyld. Resten av kapitlet vil deretter fokusere på inndelingen av tilfellene med ekstraterritoriell anvendelse av EMK, SP og AMK i territoriell kontroll og individkontroll.

2.1.1 EMKs jurisdiksjonsbegrep

EMKs ovenfor gjengitte jurisdiksjonsklausul har blitt tolket av EMD til å innebære at utøvelse av jurisdiksjon er en nødvendig forutsetning for at en konvensjonsstat kan bli ansvarlig etter konvensjonen.³⁹ Verken jurisdiksjonsklausulen selv eller resten av konvensjonen sier derimot noe om territorium eller om hva som ligger i jurisdiksjonsbegrepet – følgelig er det umulig å lese ut av ordlyden om konvensjonen kan få anvendelse utenfor en konvensjonsstats territorium.

I forarbeidene kommer det fram at ordet “jurisdiksjon” ble tatt inn i artikkelen i bytte med ordet “territorium”, noe som umiddelbart får en til å tenke at dette ble gjort for å begrense konvensjonens rekkevidde.⁴⁰ I forarbeidene kommer det derimot samtidig fram at hoved-

³⁸ Se Milanovic (2011) side 21-41, særlig side 40. Se også Stewart (2011) side 112, og Altiparmak (2004).

³⁹ Se blant annet *Ilaşcu med flere mot Moldova og Russland*, avsnitt 311.

⁴⁰ Se blant annet Da Costa (2013) side 93-96.

målet med denne endringen var å avgrense mot personer som befinner seg på statens territorium, men som likevel ikke skulle omfattes av konvensjonens anvendelsesområde – følgelig sier likevel ikke denne ombyggingen av ord noe om EMKs anvendelsesområde utenfor territoriet.⁴¹ I forarbeidene diskuteres ikke konvensjonens anvendelsesområde ytterligere – blant annet med grunnlag i dette er Rick Lawson en av de som har sagt at det ikke er usannsynlig at forfatterne av konvensjonen la den folkerettslige forståelsen av begrepet til grunn uten videre ettertanke, og følgelig at EMK aldri var påtenkt anvendt utenfor den ratifiserende stats territorium.⁴²

Et annet argument som tidligere hyppig ble brukt av de som hevder at ordet “jurisdiction” kun omfatter den ratifiserende stats territorium, er at en motsatt forståelse av jurisdiksjonsklausulen ville gjøre artikkel 56, den såkalte koloniklausulen, overflødig.⁴³ Artikkel 56 (1) sier at alle land som ratifiserer konvensjonen kan “declare by notification” om konvensjonens bestemmelser skal gjelde også for sine koloniserte områder.⁴⁴ Med utgangspunkt blant annet i forarbeidene argumenterer Moore og Simpson i en artikkel fra 2005 for at koloniklausulen ble tatt inn i konvensjonen utelukkende for at kolonistater skulle kunne sørge for å ikke bli dømt for menneskerettighetsbrudd i koloniene sine. Ved hjelp av koloniklausulen kunne kolonistatene nemlig velge hvilke deler av *sitt eget* territorium konvensjonen kunne få anvendelse på.⁴⁵ Oppfattelsen om at koloniklausulen ikke hindrer EMKs ekstraterritorielle anvendelse er i dag bekreftet i *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* – en dom oppgaven vil komme tilbake til seinere.⁴⁶

EMD har ofte understreket at hovedregelen når det gjelder EMKs anvendelsesområde er at konvensjonen er territoriell – ved at dette er hovedregelen åpnes også muligheten for at

⁴¹ Se eksempelvis O’Boyle (2004) kapittel 5 avsnitt seks, Gondek (2009) side 91 og Da Costa (2013) side 93.

⁴² Se Lawson (2004) kapittel tre siste setning. Se også blant annet Da Costa (2013) side 95.

⁴³ Se eksempelvis O’Boyle (2004) side 131.

⁴⁴ Artikkel 56 var tidligere benevnt som artikkel 63.

⁴⁵ Se blant annet Moore og Simpson (2005) side 152, Milanovic (2011) side 16 og Da Costa (2013) side 11.

⁴⁶ Se *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 140.

konvensjonen unntaksvis anvendes ekstraterritorielt.⁴⁷ I dag legges det i praksis til grunn at EMK, på visse vilkår, får ekstraterritoriell anvendelse.⁴⁸

Vilkårene for den ekstraterritorielle anvendelsen av EMK, og følgelig også den nærmere betydningen av ordet “jurisdiction”, er blitt behandlet av EMD ved et stort antall saker de siste tiår. Det finnes i dag omfattende rettspraksis som tilsier at ordet jurisdiksjon i EMK i praksis, og i forbindelse med ekstraterritoriell anvendelse av konvensjonen, er et spørsmål om myndighet og kontroll.⁴⁹ Milanovic formulerer dette treffende når han sier at “jurisdiction” i menneskerettighetstraktater “simply means actual *power*, whether exercised lawfully or not - nothing more, and nothing less”.⁵⁰

Oppgaven går nærmere inn i dette kontrollkriteriet i 2.2, men fordi EMDs rettspraksis som omhandler kontrollkriteriet tydelig er påvirket av (og påvirker) avgjørelser menneskerettighetskomiteen og den amerikanske menneskerettighetskommisjonen avsier, er det først på sin plass med en kort gjennomgang av jurisdiksjonsklausulene til SP og AMK.

2.1.2 SPs og AMKs jurisdiksjonsbegrep

SP sin jurisdiksjonsklausul finner man i konvensjonens artikkel 2 nr. 1:

“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind...”

⁴⁷ Se eksempelvis *Kypros mot Tyrkia* avsnitt 136 og *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* avsnitt 131.

⁴⁸ Se eksempelvis *Banković med flere mot Belgia med flere*, avsnitt 61, Isaak (2006) side 19 og *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* avsnitt 131.

⁴⁹ Se eksempelvis *Kypros mot Tyrkia* (1975) side 136 og *Issa med flere mot Tyrkia* avsnitt 71.

⁵⁰ Milanovic (2011) side 41.

I likhet med ordlyden i EMK er heller ikke her ordet “jurisdiksjon” definert i jurisdiksjonsklausulen eller andre steder i konvensjonen. Til forskjell fra EMK presiserer derimot SPs jurisdiksjonsklausul anvendelsesområdet sitt når artikkelen sier at konvensjonsparter forplikter seg til å respektere rettigheter anerkjent i konvensjonen ovenfor alle “within its territory and subject to its jurisdiction”. Denne presiseringen er likevel snarere en kilde til forvirring enn en oppklarende presisering da ordene innbyr til to motstridende tolkningsalternativer. Ordene kan bety at en stat er ansvarlig for sine handlinger kun ovenfor dem som befinner seg innenfor statens territorium og jurisdiksjon samtidig, eller at staten er ansvarlig ovenfor enhver innenfor sitt territorium og også overfor enhver innenfor statens jurisdiksjon men som befinner seg utenfor dens territorium. På tross av at ordlyden innbyr til det første tolkningsalternativet, stenger den ikke for det andre tolkningsalternativet.⁵¹

I forarbeidene kommer det fram at få av statene tenkte på SP som noe som skulle forplikte staten utenfor sitt territorium da teksten ble skrevet.⁵² Menneskerettighetskomiteen avklarte usikkerheten i 2004 da de utarbeidet “General Comment No. 31” som uttaler:

“...a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.”⁵³

Følgelig er det i dag klart at det er det andre tolkningsalternativet som er det gjeldende; en stat må respektere og sikre rettighetene nedfelt i SP ovenfor enhver innenfor sitt territorium, og også overfor enhver innenfor statens jurisdiksjon utenfor dens territorium. Videre kommer det fram av den generelle kommentaren at å være innenfor en stats jurisdiksjon

⁵¹ Mange teoretikere har skrevet om dette. Se blant annet Da Costa (2013) sin gjennomgang av SPs forarbeider i forbindelse med konvensjonens ekstraterritorielle anvendelse side 15-41.

⁵² Se blant annet Da Costa (2013) side 15-41, særlig side 23 og 41.

⁵³ Menneskerettighetskomiteen ”General Comment No. 31” artikkel 10.

forstås, på samme måte som i EMK artikkel 1, som å være innenfor statens “power or effective control”.

Det hører med til fremstillingen at SPs ekstraterritorielle anvendelse fortsatt møter motstand hos noen ganske få stater.⁵⁴ Forståelsen er likefullt fulgt helt konsekvent av både ICJ og menneskerettighetskomiteen, og kan sies å være slik SPs jurisdiksjonsklausul skal forstås i praksis i dag.⁵⁵

AMK artikkel 1, som er konvensjonens jurisdiksjonsklausul, lyder som følgende:

“The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms...”

På samme måte som hos jurisdiksjonsklausulene til EMK og SP finner vi ingen definisjon på ordet “jurisdiction” i konvensjonen, og på samme måte som hos EMK nevnes ikke ordet “territorium” i teksten – følgelig finner vi ingen avklaring i ordlyden på hva ordet jurisdiksjon er ment å skulle bety.

I praksis har den amerikanske menneskerettighetskommisjonen tolket jurisdiksjonsklausulen til å likne svært på både EMDs tolkning av EMK og menneskerettighetskomiteens og ICJs tolkning av SP. Dette kommer tydelig frem i blant annet *Saldaño mot Argentina* der klagesaken til enken til Mr. Saldaño, som er dømt til døden i USA, ikke fører frem hos den amerikanske menneskerettighetskommisjonen fordi det ikke ble funnet at Argentina hadde

⁵⁴ Se blant annet Goldman (2013) side 106 der det fremkommer at USA og Israel ikke anerkjenner SPs ekstraterritorielle anvendelse.

⁵⁵ Se blant annet ICJs rådgivende uttalelse *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* av 2004.

innehatt “authority or control” over Saldaño.⁵⁶ Den amerikanske Menneskerettighetskommisjonen sier altså i avgjørelsen, etter å ha brukt EMDs avgjørelser som eksempler og sammenlikningsgrunnlag, at ordet jurisdiksjon i AMKs jurisdiksjonsklausul ikke er linket til statens territorium, men derimot til statens myndighet og kontroll i den gitte situasjonen.⁵⁷

Oppsummeringsvis kan det slås fast at EMK, i likhet med SP og AMK, på visse vilkår får ekstraterritoriell anvendelse. Videre kan det legges til grunn at jurisdiksjon i forbindelse med ekstraterritoriell anvendelse av disse menneskerettighetsinstrumentene er et spørsmål om faktisk myndighet og kontroll.

2.2 Kontrollens natur

Det har i juridisk teori vært vanlig å grovt dele tilfellene en stat kan bli ansvarlig for sine handlinger når den operer utenfor sine grenser i to forskjellige “kontroll-scenarier”; der en stat har faktisk kontroll over et individ, og der en stat har faktisk kontroll over et territorium.⁵⁸

2.2.1 Individkontroll

En av de første gangene EMK ble ansett for å ha ekstraterritoriell anvendelse i praksis var i *Kypros mot Tyrkia* i 1975.⁵⁹ Den europeiske menneskerettighetskommisjonen, det første individuelle klageorganet under EMK som etter hvert ble slått sammen med EMD, uttalte i saken at jurisdiksjon ikke er begrenset til en stats territorium og at det avgjørende for en

⁵⁶ *Victor Saldaño mot Argentina*, avsnitt 21 og 32.

⁵⁷ Ibid. avsnitt 17, 18 og 19.

⁵⁸ Se eksempelvis Lubell (2010) forklare dette godt fra side 211. Merk også at tidvis har konsulær utøvelse av kontroll også vært definert som en egen gruppe tilfeller der kontroll kan oppstå, se eksempelvis *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* avsnitt 134. Disse tilfellene vil ikke oppgaven se spesielt på.

⁵⁹ *Kypros mot Tyrkia* (1975), side 136.

eventuell ekstraterritoriell anvendelse av konvensjonen er om *et individ* kan sies å være under statens faktiske myndighet.⁶⁰

Menneskerettighetskomiteen anvendte liknende tenkemåte som EMDs *Kypros mot Tyrkia* noen år etter i *Lopez Burgos mot Uruguay*.⁶¹ Saken omhandlet en uruguaysk fagforeningsaktivist som fra sitt tilholdssted i Argentina ble kidnappet og bortført av uruguayske statsagenter. Da menneskerettskomiteen dømte Uruguay for sine statsagenters handlinger i Argentina la de vekt på at Uruguay hadde hatt kontroll over fagforeningsaktivisten, altså personen, under bortføringen og at dette førte til at SP kom til anvendelse utenfor Uruguay.

I den tidligere nevnte *Saldaño mot Argentina* knytter den amerikanske menneskerettighetskommisjonen AMKs ekstraterritoriale anvendelsesområde, direkte til Saldaño selv – grunnen til at saken ikke førte frem for kommisjonen var nettopp at det ikke ble funnet at Argentina hadde hatt “authority or control” over Saldaño i situasjonen.⁶²

2.2.2 Territoriell kontroll

En periode så man en sakte vridning fra at gjennomføringsmekanismer vurderte en stats kontroll over et *individ* som den avgjørende faktor i avgjørelsen om staten har innehatt jurisdiksjon, til at gjennomføringsmekanismene så mer på statens kontroll over *territoriet* som den avgjørende faktor. Dette kom for EMDs del tydelig frem først i 1995 da domstolen behandlet *Loizidou mot Tyrkia*.⁶³ Til oppgavens formål fører det for langt å gå inn i sakens detaljer, og det er nok å fremheve at saken omhandler fru Loizidous kamp om retten til å bruke sin eiendom som befant seg på den tyrkisk-okkuperte siden av Kypros. EMD sa i denne saken at ansvar for ekstraterritoriale handlinger kan oppstå når “military action”

⁶⁰ Ibid. side 136.

⁶¹ *Lopez Burgos mot Uruguay*, side 176.

⁶² *Victor Saldaño mot Argentina*, avsnitt 21.

⁶³ *Loizidou mot Tyrkia*, blant annet i avsnitt 62.

gjør at staten har effektiv kontroll over et territorium.⁶⁴ Med dette la domstolen grunnlaget for anerkjennelsen av okkupasjon som en situasjon der en stat kan holdes ansvarlig etter EMK for sine handlinger utenfor sitt territorium, samt understreker at dette i utgangspunktet gjelder dersom staten har kontroll over territoriet.

Også SP er, på samme måte som EMK, funnet å få ekstraterritoriell anvendelse på grunn av en konvensjonsstats kontroll på territorium utenfor egne grenser. I den rådgivende uttalelsen fra ICJ av juli 2004, om lovligheten av muren bygget av Israel i okkupert palestinsk territorium, var et av spørsmålet om Israels ratifiserte konvensjoner kan anvendes ekstraterritorielt, og slik gjøre muren konvensjonsstridig.⁶⁵ ICJ fant at flere av konvensjonene, deriblant SP, kom til anvendelse på situasjonen i kraft av Israels kontroll over territoriet.⁶⁶

Det amerikanske systemet har ikke like mange saker som EMD om ekstraterritoriell anvendelse av sine respektive instrumenter i forbindelse med kontroll over territorium, men noen har de, og i den forbindelse fortjener Guantánamo-saken oppmerksomhet.⁶⁷ Guantánamo-saken oppstod ved at USA begynte å transportere individer tatt til fange i forbindelse med den såkalte krigen mot terror til Guantánamobasen på Cuba. På grunn av fangenes manglende fastslåtte “legal status” og følgelig også mulige rettighetsvakuum, klaget diverse menneskerettsorganisasjoner fangenes situasjon inn til den amerikanske menneskerettighetskommisjonen. Kommisjonen avsa en såkalt “precautionary Measures” med grunnlag i blant annet den amerikanske menneskerettighetserklæringen to måneder etter de første

⁶⁴ Ibid. avsnitt 62.

⁶⁵ Rådgivende uttalelse, ICJ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* av 2004.

⁶⁶ Se blant annet avsnitt 111 og 112.

⁶⁷ Merk at denne situasjonen ikke er det beste eksempelet på territoriell kontroll fordi USA faktisk leier hele Guantánamo Bay. Se Treaty of Relations between The United States and Cuba av 29. mai 1934 som i artikkel tre viser til en leieavtale av 1903 der USA leier området for 2000 dollar i gullmynter, årlig.

fangenes ankomst.⁶⁸ I denne anmodningen om forebyggende tiltak ble det slått fast at på tross av at fangene ikke ble holdt på amerikansk jord, var USA ansvarlig for å sikre fangenes menneskerettigheter da de åpenbart falt innenfor “the authority and control of the United States”.⁶⁹

Dette kapittelet slår fast at den menneskerettslige definisjonen av jurisdiksjon ikke er den samme som den folkerettslige, og følgelig heller ikke knyttet til territorium på samme måte som den folkerettslige. Videre kan kapittelet fastslå at det for EMK, som for SP og AMK, kan legges til grunn at instrumentene på visse vilkår får ekstraterritoriell anvendelse, og at jurisdiksjon utenfor en stats grenser er et spørsmål om statens faktiske myndighet og kontroll. Det er videre klart at situasjonene der en stat kan holdes ansvarlig for menneskerettsbrudd utenfor sitt territorium grovt kan deles i to hovedkategorier, nemlig der staten utøver myndighet og/eller kontroll over en person (individkontroll), og der den utøver myndighet og/eller kontroll over et territorium (territoriell kontroll).

2.3 Avklaringer

Både EMD, menneskerettighetskomiteen og den amerikanske menneskerettighetskommisjonen kan se ut til å være lite konsekvente i sin begrepsbruk i forbindelse med tolkningen av den ekstraterritorielle anvendelsen av sine respektive instrumenter. Eksempelvis bruker EMD i de tidligere nevnte avgjørelser *Loizidou* og *Kypros mot Tyrkia* begrepene “effective overall control”, mens domstolen i senere dommer bruker begreper som “authority and control” eller “authority and/or effective control”.⁷⁰

Også når det gjelder om kravet for ekstraterritoriell anvendelse av instrumentet er “myndighet og kontroll” eller om det er “myndighet *eller* kontroll” har gjennomføringsmekani-

⁶⁸ Precautionary Measures, ”Persons detained by the United States in Guantanamo Bay”, 12. mars 2002. Se også kapittel 4.2 om detaljer rundt den amerikanske menneskerettighetserklæringen.

⁶⁹ Se blant annet Tittmore (2006) side 384 diskutere anmodningen det vises til i fotnote 68.

⁷⁰ ”authority and control” brukes blant annet i *Issa med flere mot Tyrkia* og *Öcalan mot Tyrkia*, mens ”authority and/or effective control” brukes i *Isaak med flere mot Tyrkia mot flere*.

nismene vært inkonsekvente. Eksempelvis bruker den amerikanske menneskerettighetskommisjonen ordene “authority or control” i *Saldaño* mens den i Guantánamo-saken diskuterer om USA hadde “authority and control”. Menneskerettighetskomiteen på sin side brukte ordene “power or effective control” i allerede nevnte General Comment 31.

I de tilfellene gjennomføringsmekanismene selv drar paralleller mellom de forskjellige instrumentenes forståelse av begrepet “jurisdiction” og sammenlikner disse, skjer dette tidvis (tilsynelatende) uten at gjennomføringsinstrumentene lar seg merke med den forskjellige begrepsbruken.⁷¹ Diskusjonen i praksis er imidlertid konsekvent, og diskusjonen hittil har alltid dreid seg om statens reelle kontroll over person eller territorium i den konkrete situasjonen.

På grunn av denne tilsynelatende inkonsekvente og sprikende begrepsbruken blant gjennomføringsmekanismene, i kombinasjon med at diskusjonen i praksis likevel er konsekvent – reell kontroll diskuteres – vil denne oppgaven for enkelhets skyld heretter bruke ordet “kontroll” i alle de tilfellene der de forskjellige mekanismene har brukt forskjellige varianter av kontroll og/eller myndighet/makt.

⁷¹ Se eksempelvis Gondek (2009) bemerke dette på side 168.

3 Ekstraterritoriell anvendelse av EMKs bestemmelse om retten til liv – når oppstår kontroll?

3.1 Problembeskrivelse

Når vilkåret for den ekstraterritorielle anvendelsen av EMK er at staten har kontroll enten på personen eller territoriet betyr dette, i forbindelse med retten til liv, at konvensjonen først kommer til anvendelse ekstraterritorielt dersom en stat bruker dødelig makt i en situasjon der den kan sies å inneha kontroll. Motsetningsvis vil tilsynelatende alt statsaktører gjør utenfor konvensjonsstatens grenser *uten at* slik kontroll er etablert, *ikke* medfører at EMK får ekstraterritoriell anvendelse – satt på spissen kan dette bety at utenfor grensene til staten kan statsaktører begå overlagte og uprovoserte drap uten at staten kan holdes ansvarlig etter EMK.⁷² Følgelig er det viktig å vite når kontroll oppstår i en drapssituasjon, og det er nettopp dette foreliggende kapittel skal undersøke.

Mer spesifikt vil kapittelet undersøke hvilken handling eller hendelse ved ekstraterritoriell anvendelse av dødelig makt som kan sies å være avgjørende for at kontroll oppstår – må det en forutgående handling til for å bringe personen inn under statens kontroll, eller er utøvelse av dødelig makt i seg selv nok til å oppfylle kontrollkriteriet?

Delkapittel 3.2 vil konsentrere seg om den svært sentrale avgjørelsen *Banković* fra 2001, der EMD avgjør at EMK ikke kommer til anvendelse ekstraterritorielt. Det påfølgende delkapittelet skifter innfallsvinkel og tar for seg flere saker etter *Banković* der EMD har sagt at kontroll er etablert når drapet skjer, altså når en stat bruker dødelig makt i en situasjon der den innehar kontroll. Oppgaven vil derfra ha et godt utgangspunkt for å undersøke om det i de forskjellige sakene der domstolen konkluderer med at kontroll er etablert når den dødelige makten er utøvet kan sies å ha vært en forutgående handling som førte til at kontroll

⁷² Se Hurst Hannum sitt sitat: “simply shooting suspects is apparently immune from scrutiny, as long as you are careful not to arrest them first” i *Bombing for peace: Collateral damage and human rights* (2002) side 98.

ble opprettet, eller om selve drapshandlingen i seg selv kan sies å være en utøvelse av kontroll. Sistnevnte tilfelle vil i prinsippet medføre at EMK alltid kommer til anvendelse der konvensjonsstatenes statsaktører tar vilkårlig liv utenfor sitt territorium.⁷³

3.2 Bruk av dødelig makt ekstraterritorielt uten at kontroll er etablert

3.2.1 Utgangspunkt

Utgangspunktet for denne delen av oppgaven er altså, med grunnlag i kapittel to sin analyse av jurisdiksjonsbegrepet til å bety kontroll, at EMK kommer til anvendelse ekstraterritorielt dersom kontroll er etablert når drapet skjer. Dette delkapittelet omhandler den omvendte situasjonen; der dødelig makt utøves uten at kontroll er etablert.

3.2.2 *Banković med flere mot Belgia med flere*

Den tidligere nevnte avgjørelsen *Banković* fra 2001 omhandlet et flyangrep mot kringkastingsbygningen i Beograd under okkupasjonen av Irak, der NATO-statene drepte 16 personer og såret like mange.⁷⁴ Domstolen behandlet spørsmålet om EMK kom til anvendelse inngående i avgjørelsen, og diskuterte om NATO-statene hadde hatt territoriell kontroll i situasjonen.⁷⁵

På tross av den i praksis (omdiskuterte) store militære tilstedeværelsen NATO-statene hadde i luftrommet over Beograd, kom domstolen til at kontrollkriteriet ikke var oppfylt på tidspunktet bombene falt og den dødelige makten utøvet – følgelig slo domstolen klart fast at NATO-statene ikke kunne holdes ansvarlig for brudd på retten til liv etter EMK artikkel 2 fordi konvensjonen på grunn av manglende kontroll ikke kom til anvendelse.⁷⁶

⁷³ Se derimot også kapittel 4.3 om “espace juridique”.

⁷⁴ Se kapittel 2.1.

⁷⁵ Se avgjørelsens avsnitt 74 til og med 81.

⁷⁶ En av mange kritiske kommentarer til avgjørelsen er at domstolen ikke diskuterte forholdet mellom kontroll over luftrommet versus kontroll over territoriet – og i den forbindelse om det første vil medføre det andre.

Denne avgjørelsen tilsier for det første at den stadige gjentatte hovedregelen når det gjelder ekstraterritoriell anvendelse av EMK; at konvensjonen først kommer til anvendelse ekstraterritorielt der den utøvende staten har kontroll, i utgangspunktet også virker omvendt; dersom dødelig makt blir brukt ekstraterritorielt *uten* at kontroll er etablert, kommer *ikke* EMK til anvendelse.

Banković tilsier også at, på det tidspunktet avgjørelsen kom, kunne spørsmålet om det å drepe er nok til å opprette kontroll bli besvart benektende av den enkle grunn at i situasjonen EMD hadde til behandling i *Banković* hadde mennesker blitt drept, og likevel anså domstolen, i storkammer og etter en lang og inngående drøftelse, at kontroll ikke var opprettet.⁷⁷ Videre er det på grunn av den store militære tilstedeværelsen NATO-stater hadde i situasjonen også klart at EMD med *Banković* legger lista høyt for EMKs artikkel 2 sin ekstraterritoriale anvendelse – dette strenge jurisdiksjonsbegrepet er en av grunnene til at avgjørelsen er blitt så sterkt kritisert i ettertid.⁷⁸

I dag, mer enn ti år etter *Banković*, kan ikke spørsmålet om drap er tilstrekkelig for at EMK artikkel 2 kommer til anvendelse besvares like enkelt. EMD har nemlig i tiåret etter avgjørelsen, heller enn å støtte opp om avgjørelsens strenge kontrollbegrep, gradvis fjernet seg fra dette.⁷⁹ Neste delkapittel vil, ved å analysere sentrale avgjørelser avsagt etter *Banković*, diskutere om domstolen har beveget seg så langt bort fra *Banković* at man i dag kan si at det å drepe i seg selv er nok til å opprette kontroll, eller om det trengs en forutgående handling for at kontroll skal bli opprettet.

⁷⁷ Se kapittel fire der sammenlikninger og rettspolitiske vurderinger vil utdype konsekvensene av denne avgjørelsen videre.

⁷⁸ Se blant annet Milanovic (2011) side 137 og Da Costa (2013) kapittel 2.

⁷⁹ Se eksempelvis Miltner (2012) sine uttalelser om dette på side 694 og 695.

For å kunne belyse dette vil det være hensiktsmessig å nærme seg spørsmålet fra den andre siden, altså ta utgangspunkt i de avgjørelsene der domstolen har funnet at kontroll var etablert da den dødelige makten ble utøvet.

3.3 Bruk av dødelig makt ekstraterritorielt der kontroll er etablert

Her må det presiseres at på grunn av domstolens fokus på kontroll over person i tiden etter *Banković*, beveger også dette kapittelet seg bort fra territoriell kontroll, og vil i all hovedsak heretter konsentrere seg om individkontroll.

3.3.1 Kreves en forutgående handling for at kontroll kan bli etablert?

Når dette spørsmålet stilles er det greit å først slå fast den åpenbare og allerede avgjorte delen av spørsmålet; der en person som sitter i varetekt blir drept av statsaktører utenfor eget territorium har EMD sagt at EMK artikkel 2 kommer til anvendelse, og følgelig er å bli satt i varetekt nok til at kontroll etableres.⁸⁰ Spørsmålet er da videre om det kreves en slik forutgående handling, som eksempelvis å bli satt i varetekt, for at kontroll er etablert etter EMD sin rettspraksis.

Issa med flere mot Tyrkia ble avsagt av EMD i 2004 og omhandlet drapet på en gruppe gjeterne i det kurdiske området av nord-Irak.⁸¹ Faktum i saken var omstridt; familiemedlemmer av de drepte gjeterne, som var de som stevnet saken inn for EMD, hevdet at drapene ble utført av tyrkiske militærstyrker, mens Tyrkia hevdet at det ikke hadde befunnet seg tyrkiske soldater i det gjeldende området da drapene skjedde. Domstolen gav Tyrkia medhold da den kom til at det ikke fantes nok bevis for at tyrkisk militære hadde befunnet seg i området da gjeterne ble drept – og følgelig kom ikke gjeterne inn under statens jurisdiksjon

⁸⁰ Se eksempelvis *Hess mot Storbritannia* side 73 og *Al-Jedda mot Storbritannia*. Se også Lubell (2010) side 216 og Larsen (2010) side 220 og 221.

⁸¹ *Issa med flere mot Tyrkia*.

jf. EMK artikkel 1.⁸² Før EMD falt ned på konklusjonen om manglende bevis understreket den likevel at utgangspunktet for diskusjonen var om gjeterne var under Tyrkias kontroll eller ikke.⁸³

Larsen argumenterer i sin doktoravhandling for at når domstolen, etter å ha sagt at Tyrkia ikke hadde kontroll over *territoriet* drapene skjedde, deretter sier at det viktigste spørsmålet å undersøke er “whether at the relevant time Turkish troops conducted operations in the area where the killings took place”, betyr det trolig at domstolen mente å undersøke om *personene* var under Tyrkias kontroll.⁸⁴ Dette, argumenterer Larsen, antyder at EMD, dersom det nå hadde blitt bevist at Tyrkias tropper var tilstede der gjeterne ble drept, ville ha konkludert med at personene var under Tyrkias jurisdiksjon, på tross av at Tyrkia ikke hadde noen forutgående kontroll over personene.⁸⁵ Med andre ord, at ingen forutgående hendelse hadde vært nødvendig for at kontroll skulle blitt etablert.

Larsen understreker at fordi manglende jurisdiksjon ble bestemt på grunnlag av manglende bevis er det vanskelig å si noe sikkert om under hvilke omstendigheter domstolen hadde ment at kontroll hadde oppstått.⁸⁶ Likevel er Karen Da Costa inne på liknende tanker og tolkninger som Larsen når hun sier at en mulig tolkning av *Issa* er at dersom domstolen hadde funnet at tyrkiske soldater hadde vært på drapsstedet, kan det virke som domstolen hadde konkludert med at jurisdiksjon var oppnådd.⁸⁷ Et slik utfall ville ifølge Da Costa reflektert “a ‘cause-and-effect’ notion of jurisdiction” – altså at opprettelsen av jurisdiksjon

⁸² Ibid. avsnitt 81 og 82.

⁸³ Ibid. avsnitt 72.

⁸⁴ Larsen (2010) side 227 viser til *Issa med flere mot Tyrkia*, avsnitt 75 og 76.

⁸⁵ Ibid. side 227 viser til Ibid. avsnitt 166 og 167.

⁸⁶ Larsen (2010) side 227. Se også domstolens korte (og ufullstendige) redegjørelse av *Issa med flere mot Tyrkia* i *Al-Skeini med andre mot Storbritannia* avsnitt 136 der domstolen selv indikerer noe av det samme.

⁸⁷ Da Costa (2013) side 177.

ekstraterritorielt mer enn noe annet handler om årsak og virkning der drap ikke trenger en forutgående hendelse for at staten innehar jurisdiksjon.⁸⁸

På tross av at *Issa* er enstemmig, har domstolens uttalelser om kontroll form av obiter dictum ved at EMD kom til at konvensjonen ikke fikk anvendelse – følgelig har dommen lavere vekt.⁸⁹

I *Isaak med flere mot Tyrkia* ble spørsmålet om jurisdiksjon igjen behandlet av EMD etter at gresk-kypriotiske Isaak ble drept under en demonstrasjon der både gresk-kypriotere og tyrkisk-kypriotere beveget seg inn i FNs såkalte buffer-sone på Kypros, og voldelige sammenstøt oppstod. Isaaks etterlatte tok saken helt til EMD, og på samme måte som i *Issa* var det også i *Isaak* uenighet mellom partene om omstendighetene rundt avdødes bortgang. På grunnlag av vitneuttalelser, obduksjonsrapporten og videoopptak kom EMD raskt til at Isaak ble drept av slag mot hodet etter det som ble betegnet som “the beating of” Isaak.⁹⁰ Videre kom det fram både gjennom vitneavhør og videoopptak at tyrkisk politi hadde vært aktivt deltagende i drapet.⁹¹ Uten å diskutere saken noe videre kom domstolen deretter enstemmig til at Isaak dermed var under Tyrkias kontroll gjennom tyrkiske statsagenter.⁹²

Heller ikke her kommer det tydelig fram under hvilke omstendigheter kontroll ble etablert og om det var en forutgående hendelse som gjorde at Isaak kom under Tyrkias kontroll og følgelig også jurisdiksjon. Når Larsen diskuterer denne avgjørelsen i sin doktoravhandling viser han til en setning i EMDs dom fra 2008 der domstolen fant at Isaak ble drept etter å ha blitt “attacked, thrown to the ground and beaten to death by a group of at least 15 per-

⁸⁸ Da Costa (2013) side 177 og 178. Merk også at Da Costa bare er en av mange som bruker dette uttrykket.

⁸⁹ Se eksempelvis Lord Brown sine uttalelser i *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence* (Overhusets avgjørelse i saken) der han betrakter EMDs uttalelser om kontroll i *Issa med flere mot Tyrkia* som obiter dictum.

⁹⁰ *Isaak med flere mot Tyrkia* (2006) side 21.

⁹¹ Ibid. side 21.

⁹² Ibid. side 21.

sons, including members of the Turkish or Turkish-Cypriot forces” og at dette var nok til å opprette jurisdiksjon.⁹³ Larsen sier på grunnlag av dette at “One could, admittedly, develop the technical argument that Mr. Isaak fell within the jurisdiction of Turkey from the moment when he “was thrown to the ground”, so that the killing in itself took place only after the establishment of jurisdiction”.⁹⁴ Larsen avviser deretter denne tolkningen som lite trolig da en slik tolkning ville bygget på at menneskerettighetsbeskyttelse avhenger av om en person blir skutt fra avstand eller slått i hjel.⁹⁵

Hugh King omtaler samme tolkningsmulighet av *Isaak* som Larsen. I likhet med Larsen avviser King tolkningsmuligheten, men der Larsen omtaler den som lite trolig, går King enda lenger og omtaler den som “artificial”.⁹⁶

Også *Isaak* kan altså leses som et eksempel på at en forutgående handling ikke er nødvendig for etablering av kontroll ifølge EMD, og altså heller ikke for EMK artikkel 2 sin ekstraterritorielle anvendelse. På grunnlag av disse to sakene kan man unektelig si at det strenge kontrollbegrepet som ble lagt til grunn i *Banković* er i ferd med å mykes opp. Likevel, fordi det i *Issa* ikke ble bevist at Tyrkias statsaktører var på stedet da personene ble drept, og fordi det i *Isaak* kan tolkes som deler av det statsaktørene gjorde kan være en forutgående handling, er det ingen av disse to sakene som endelig oppklarer spørsmålet om det kreves en forutgående handling eller ikke for at EMK skal komme til anvendelse.

3.3.2 Er drapet i seg selv en utøvelse av kontroll?

Denne deloverskriften har i bunn og grunn mye av samme spørsmålet i seg som den forutgående. Forskjellen er at spørsmålet er stilt fra andre enden; dersom ikke det kreves en for-

⁹³ Larsen (2010) side 229 viser til *Isaak mot Tyrkia* (2008) avsnitt 110-111.

⁹⁴ Larsen (2010) side 229.

⁹⁵ Ibid. side 229.

⁹⁶ King (2009) side 554.

utgående handling, og konvensjonen kun kan komme til anvendelse dersom kontroll er opprettet, kan det da være at drapet i seg selv er en utøvelse av kontroll?

I *Pad med flere mot Tyrkia* er det enkelte uttalelser fra EMD som kan tolkes som at domstolen mener at drap i seg selv er en utøvelse av kontroll. Saken omhandlet sju irakere som ble mistenkt for å være terrorister og følgelig drept av tyrkiske soldater.⁹⁷ Familien til de drepte hevdet, på bakgrunn av et øyenvitnes uttalelser, at de sju ble skutt på fra et helikopter i Irak og deretter tatt med inn i Tyrkia og drept der, mens Tyrkia hevdet at de sju terroristene hadde blitt skutt og drept fra et tyrkisk militærhelikopter etter at de hadde tatt seg inn i Tyrkia.⁹⁸ Det var følgelig enighet mellom partene både om at Tyrkia hadde drept de sju personene og også at de drepte var innen Tyrkias jurisdiksjon. Grunnlaget for jurisdiksjonen var det derimot uenighet om.⁹⁹ Rett etter at domstolen slår fast omtalte enighet mellom partene, kommer den med dette relativt overraskende utsagnet:

“...the Court considers that it is not required to determine the exact location of the impugned events, given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the killing of the applicants' relatives, who had been suspected of being terrorists.

Accordingly, the Court finds that the victims of the impugned events were within the jurisdiction of Turkey at the material time.”¹⁰⁰

Her sier domstolen, stikk i strid med *Banković*, at det ikke er nødvendig å avgjøre nøyaktig hvor drapene skjedde (altså på hvilket lands territorium). Grunnen til at domstolen mener det ikke er nødvendig å avgjøre hvor drapene skjedde er at Tyrkia innrømmer at de skjøt og

⁹⁷ *Pad med flere mot Tyrkia*.

⁹⁸ Ibid. henholdsvis avsnitt 8 og 24.

⁹⁹ Ibid. avsnitt 51 og 54.

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 54 og 55.

drepte de sju personene fra et helikopter – uten å si det spesifikt kan det med dette virke som domstolen mener at drap i seg selv er tilstrekkelig for å opprette jurisdiksjon.¹⁰¹

En teoretiker som tilsynelatende har forstått *Pad* slik er King. I en artikkel fra 2009 deler King inn tilfeller med ekstraterritoriell jurisdiksjon i tre typer avhengig av forpliktelsesnivået de medfører – fordi denne oppgaven ikke tar for seg omfanget av ekstraterritoriell jurisdiksjon faller denne delen av Kings teori utenfor oppgaven, men deler av teorien hans er likevel interessant i denne sammenhengen. King sier nemlig at også der en stat påvirker en person ved en ulovlig handling ekstraterritorielt, faller personen innenfor statens jurisdiksjon.¹⁰² Denne siste delen av teorien hjemler King i *Pad* da han sier at avgjørelsen viser at ‘the cause-and-effect notion of jurisdiction’ som *Banković* benektet, nå likevel gjelder. Med dette sier King at tyrkiske soldaters dødelige skudd fra et helikopter er nok til at menneskene det skytes på er innenfor Tyrkias jurisdiksjon.¹⁰³

Via en helt annen argumentasjonsrekke kommer også Alstair Stewart fram til konklusjonen om at *Pad* viser at å drepe er nok til å opprette kontroll.¹⁰⁴ Stewart setter det hele på spissen med følgende kritikk: ”Banković can be distinguished from *Pad* only due to the heights of the aircraft and the choice of weaponry”.¹⁰⁵

Etter *Pad* har EMD kommet med flere avgjørelser som støtter opp om dommernes uttalelser i *Pad*, og som følgelig passer godt med *Issa* og *Isaak*, men svært dårlig med *Banković*. En av disse avgjørelsene er *Andreou mot Tyrkia*, der EMD på mange måter går enda lenger enn *Pad* i å antyde at selve det å drepe er utøvelse av kontroll i seg selv.¹⁰⁶

¹⁰¹ Se blant annet Da Costa (2013) side 252.

¹⁰² King (2009) side 556.

¹⁰³ Ibid. side 555.

¹⁰⁴ Stewart (2011).

¹⁰⁵ Ibid. side 117.

¹⁰⁶ *Andreou mot Tyrkia* (2008).

Saken oppstod da en minnestund i forbindelse med drapet på en ung gutt ble avholdt på gresk-kypriotisk side av Kypros. Minnestunden utviklet seg etter hvert til å ta mer form som en demonstrasjon, og da en demonstrant krysset grensen fra Kypros og inn i FNs buffer-sone åpnet tyrkiske soldater ild. Andreou ble truffet av kulene fra de tyrkiske soldatene og ble hardt såret før hun seinere døde av skadene.

I forbindelse med EMDs diskusjon rundt Tyrkias jurisdiksjon i saken slo domstolen ganske enkelt fast at “In these circumstances, even though the applicant sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, was such that the applicant must be regarded as “within [the] jurisdiction of Turkey...”.¹⁰⁷ Helt uten å diskutere denne uttalelsens uforenelige natur med tidligere rettspraksis – særlig *Banković* – kommer altså domstolen her fram til at bare ved å bli skutt er Andreou innen Tyrkias kontroll. Tyrkiske soldater hadde verken kontroll på territoriet eller gjort noe som kunne sies å være en forutgående handling som skaffet kontroll over kvinnen; og det ser følgelig ut som at Andreou kom innen Tyrkias jurisdiksjon kun ved å bli skutt og drept.

Det er likevel enkelte argumenter som kan tale mot en slik konklusjon. For det første, men ikke nødvendigvis viktigst i denne sammenheng, døde ikke Andreou med en gang hun ble skutt. Hun ble først hardt såret, overlevde og fikk i ettertid både fysiske og psykiske problemer som følge av skuddet, før hun først etter at admissibility-saken var behandlet i EMD, døde. Dette er likevel ikke et faktum som gjør at poenget der EMD ser ut til å si at 'bare ved å bli skutt er man innenfor kontroll' faller bort, rett og slett fordi retten til liv kan være brutt hvis en person blir utsatt for behandling der livet står i fare på tross av at personen ikke dør – og domstolen kommer faktisk også i dette tilfellet til at retten til liv er brutt.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ibid. side 11. Gjentatt i *Andreou mot Tyrkia* (2009) avsnitt 25.

¹⁰⁸ *Andreou mot Tyrkia* (2009) avsnitt 46.

Et mer tungtveiende argument som kan tale mot ovenfor opptegnede slutning, der en person kan se ut til å være innen kontroll bare ved å bli skutt og miste livet, er det faktum at de tyrkiske soldatene som skjøt stod på tyrkisk territorium, mens Andreou stod på gresk-kypriotisk territorium.¹⁰⁹ Følgelig er det her ikke snakk om den klare typen av ekstraterritoriell anvendelse oppgaven hittil utelukkende har behandlet, men derimot det som omtales som “ekstraterritoriell virkning”, der handlingen utføres i hjemlandet, mens konsekvensen kommer til syne ekstraterritorielt.¹¹⁰ At dette faktum er nok til å avvise at avgjørelsen er et eksempel på at å drepe er nok til å opprette kontroll, blir imøtegått av Larsen. Hovedargumentet hans er at det ville vært vanskelig å akseptere “...that a victim is protected by the Convention if the shot is fired from a location inside the territorial control of a State, but that the Convention should not offer protection if the same victim, standing in the same place, is shot by the same perpetrator, with the same connection to his home State, but who happens to fire the shot from an area in which the home State does not exercise territorial control”.¹¹¹

Karen Da Costa minner på sin side om at EMD i denne saken er rask til å avgrense konsekvensene av avgjørelsen ved å si at å skyte på en folkemengde fra kloss avstand kan føre til jurisdiksjon ekstraterritorielt kun dersom skadene hadde en “direct and immediate cause”.¹¹² Forskjellen mellom Larsen og Da Costa sin kritikk her er at Larsens argument sikter til at logikk og sammenheng tilsier samme resultat ved ekstraterritoriell anvendelse som ved ekstraterritoriell virkning, mens Da Costas argument hopper bukk over denne tanken ved å aldri dra paralleller til ekstraterritoriell anvendelse. Hun påpeker heller at 'skyting som fører til død og følgelig kontroll' ved ekstraterritoriell virkning begrenses ved manglende årsakssammenheng.

¹⁰⁹ Se derimot to avsnitt nedenfor om Turkish Republic of Northern Cyprus.

¹¹⁰ Se *Den Europeiske Menneskerettighedskonvention art 1-9*, side 82.

¹¹¹ Larsen (2010) side 228.

¹¹² Da Costa (2013) side 209 som viser til *Andreou mot Tyrkia* (2008) side 7.

En svært liknende situasjon finner vi i en avgjørelse avsagt tett opp til den endelige avgjørelsen av *Andreou*. I *Solomou med flere mot Tyrkia* tar en kypriotisk gutt seg fra gresk-kypriotisk side av Kypros, gjennom FNs buffersone og inn i TRNC – der klatrer han opp i en flaggstang for å rive ned det tyrkiske flagget hvorpå han blir skutt, og drept, av tyrkiske soldater.¹¹³ TRNC, som står for Turkish Republic of Northern Cyprus, har erklært seg som en selvstendig stat og ikke lenger en del av Republikken Kypros, men er ikke anerkjent av andre enn Tyrkia selv – uansett vil drap tyrkiske soldater begår i TRNC ikke være skjedd i Tyrkia og følgelig en ekstraterritoriell handling.

Igjen slår EMD ganske enkelt fast, etter å ha gjennomgått bevisene for at det var tyrkiske soldater som skjøt og drepte Solomou, at “...the deceased was under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents”.¹¹⁴ På samme måte som i *Isaak* diskuterer ikke domstolen hvordan kontrollen har oppstått – det blir ganske enkelt raskt fastslått.¹¹⁵ Men i motsetning til i *Isaak* er det i *Solomou* ikke mulig å tolke inn en forutgående hendelse som kan sies å ha opprettet kontroll uten å bevege seg inn i en absurd verden; tyrkiske soldater løftet våpnene, siktet og drepte – og med det sa domstolen at kontroll var opprettet. Avgjørelsen, som endte med at Tyrkia ble dømt for brudd på EMK artikkel 2, er et lysende eksempel på at det kan virke som domstolen har beveget seg såpass langt bort fra kontrollterskelen lagt til grunn i *Banković*, at drap i seg selv er en utøvelse av kontroll.

Issa, *Isaak*, *Pad*, *Andreou* og *Solomou* er altså alle saker som viser at domstolen med små skritt fjerner seg fra *Banković* sin strenge tolkning av EMKs jurisdiksjonsbegrep. Avstanden ble svært tydelig i *Andreou* og *Solomou*, der domstolen enstemmig konkluderer med at tilfellet er innen kontroll bare fordi personene ble skutt. Uten at domstolen i noen av avgjørelsene selv sier det spesifikt og med rene ord, er det mye i dag som tyder på at det å drepe

¹¹³ *Solomou med flere mot Tyrkia* (2008) avsnitt 50, 69 og 74.

¹¹⁴ *Ibid.* avsnitt 49-51.

¹¹⁵ Se *Isaak med flere mot Tyrkia* (2006) side 21. Se også Milanovic (2011) sin sammenlikning på side 185.

utenfor sin stats grenser, i dag er tilstrekkelig til at EMK kommer til anvendelse ekstraterritorielt.

Problemet med å trekke denne slutningen er at domstolen ikke, verken i *Solomou*, *Andreou* eller noen av de andre dommene beskrevet i dette kapittelet, behandler det særdeles problematiske forholdet disse avgjørelse har til storkammerets enstemmige avgjørelse fra 2001. *Banković* er nemlig ikke bare tungtveiende i kraft av å være avsagt i storkammer, men også i kraft av å være inngående drøftende og reflektert.¹¹⁶ Til forskjell er grundighet og forklaringer på hvorfor domstolen anser kontroll å være oppstått nær ikke-eksisterende i avgjørelsene analysert ovenfor i dette kapittelet. På grunn av dette er det svært vanskelig å vite hvor mye vekt man skal legge på *Issa*, *Isaak*, *Pad*, *Andreou* og *Solomou*.

Etter *Andreou* kom ikke EMD med avgjørelser vedrørende ekstraterritoriell anvendelse av konvensjonens rett til liv relevant for oppgavens tema, før domstolen i 2011 behandlet den lenge påventede saken *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*. I mellomtiden hadde imidlertid domstolen behandlet flere saker der ekstraterritoriell anvendelse av konvensjonen i forbindelse med andre rettigheter stod sentralt. Blant annet ble *Medvedyev med flere mot Frankrike* behandlet i storkammer i 2010 der domstolen, helt i tråd med *Banković* og stikk i strid med *Andreou*, sier at artikkel én i EMK ikke tillater en "cause-and-effect notion" of Jurisdiction".¹¹⁷

3.3.3 *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*

Al-Skeini er regnet som den mest sentrale avgjørelsen vedrørende ekstraterritoriell anvendelse etter *Banković*, og har bidratt til å avklare enkelte lenge omstridte spørsmål på området. I *Al-Skeini* behandler EMD, i storkammer, saken der britiske soldater drepte seks sivile

¹¹⁶ *Banković* er selvfølgelig også, som oppgaven allerede har vært inne på og kommer tilbake til i kapittel fire, delvis selvmotsigende og tidvis temmelig forvirrende sett i sammenheng med tidligere rettspraksis.

¹¹⁷ *Medvedyev med flere mot Frankrike*, avsnitt 64.

personer i seks forskjellige situasjoner i Basrah under invasjonen av Irak i 2003. En av personene døde under tortur da han satt i et britisk fengsel, mens de resterende fem ble drept på forskjellige måter av britiske soldater mens soldatene var ute på patrulje. De etterlatte gikk til sak mot Storbritannia, ikke for å ha drept de seks guttene, men for å ikke ha fulgt opp plikten til å etterforske dødsfallene i ettertid jf. EMK artikkel 2.¹¹⁸

Saken gikk gjennom tre instanser i Storbritannia før den kom til EMD – i siste nasjonale instans kom Overhuset til at kun drapet på personen som satt i varetekt skjedde innenfor Storbritannias kontroll.¹¹⁹ De resterende fem tilfellene fant Overhuset å være utenfor kontroll og følgelig tilfeller der konvensjonen ikke kom til anvendelse. Dette resultatet, der Overhuset tok utgangspunkt og baserer seg på *Banković*, er malende for Hurst Hannum sin uttalelse der han sier: “simply shooting suspects is apparently immune from scrutiny, as long as you are careful not to arrest them first”.¹²⁰

I EMD fikk saken et ganske annet utfall enn i Overhuset. Her kom domstolen til at alle seks tilfellene av dødelig maktutøvelse kunne sies å ha skjedd når kontroll var opprettet, og følgelig kom konvensjonen til anvendelse på alle seks tilfellene.¹²¹ Kjente problemstillinger rundt konseptet jurisdiksjon fikk mye plass av domstolen, og den klarlegger blant annet enkelte lenge omdiskuterte spørsmål rundt rekkevidden av en stats forpliktelser dersom konvensjonen kommer til anvendelse ekstraterritorielt. Domstolens behandling av omstendighetene for konvensjonens anvendelse, som denne oppgaven konsentrerer seg om, blir ikke i like stor grad klargjort i dommen. På tross av manglende oppklaringsevne angående omstendighetene for konvensjonens anvendelse er dommen likevel viktig for temaet.

¹¹⁸ *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 151.

¹¹⁹ Tidligere House of Lords nå UK Supreme Court, i denne oppgaven omtalt som Overhuset.

¹²⁰ Se *Bombing for peace: Collateral damage and human rights* (2002) side 98.

¹²¹ *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 149 og 150.

EMD tar i *Al-Skeini*, som i tidligere avgjørelser på temaet, utgangspunkt i at en stats jurisdiksjonsområde først og fremst er territorielt og går så nøye gjennom unntakene fra denne hovedregelen.¹²² Når EMD diskuterer om de seks drapene i saken er innenfor Storbritannias kontroll vurderer domstolen om individkontroll er opprettet.¹²³

I motsetning til tidligere avgjørelser der EMD vurderer om individkontroll er tilstede, gir domstolen i *Al-Skeini* det faktum at Storbritannia i Basra utøvde noen av de “public powers” som vanligvis en suveren stat tar seg av selv, avgjørende vekt da den sier:

“In these exceptional circumstances, the court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.”¹²⁴

Domstolen sier altså at “in these exceptional circumstances”, der Storbritannia utøvde noen av de offentlige oppgavene som et ikke-okkupert land ville gjort selv, er samtlige av de seks drapene innen Storbritannias kontroll.

EMD tillegger her okkupasjonsmaktens utøvelse av offentlige oppgaver viktighet på samme måte som i *Banković* – en viktig forskjell å merke seg mellom de to dommene i den forbindelse er at *Banković* diskuterer territoriell kontroll, og *Al-Skeini* i utgangspunktet diskuterer individkontroll.¹²⁵ Okkupasjonsmaktens utøvelse av enkelte offentlige oppgaver er dermed betraktelig mer relevant å legge vekt på i *Banković* enn i *Al-Skeini*. Dersom

¹²² *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 131-142.

¹²³ Ibid. avsnitt 149-150. Se også oppgavens kapittel 2.2.1.

¹²⁴ *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 149.

¹²⁵ Se kapittel 2.1 om *Banković med flere mot Belgia med flere*, og *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* avsnitt 71.

domstolen hadde brukt individkontroll-modellen på samme måte som i tidligere saker hadde nemlig Storbritannias kontroll på de seks drepte guttene blitt vurdert, ikke hvilke offentlige oppgaver okkupasjonsmakten utførte. Denne sammenblanding av de to modellene har Milanovic omtalt som “a rather bizarre mix of the personal model with the spatial one” og Cedric Ryngaert som en “awkward hybrid theory”.¹²⁶

Milanovic sier i en artikkel der han analyserer dommen at avsnittet sitert ovenfor betyr at dersom Storbritannia *ikke* hadde utøvet slik offentlig myndighet, hadde konvensjonen ikke kommet til anvendelse i *Al-Skeini*.¹²⁷ Karen Da Costa sier det samme; ved drap på individer alene virker det som konvensjonen ikke hadde kommet til anvendelse.¹²⁸ Med Milanovic sine ord betyr dette at “While the ability to kill is ‘authority and control’ over the individual if the state has public powers, killing is not ‘authority and control’ if the state is merely firing missiles from an aircraft. Under this reasoning, drone operations in Yemen or wherever would be just as excluded from the purview of human rights treaties as under Banković.”¹²⁹ Milanovic gir deretter sterkt uttrykk for at denne delen av dommen ikke kan være forenelig med avgjørelser som *Issa* eller *Pad*.¹³⁰

På den annen side er det ingen selvfølge at de avgjørelsene der domstolen kan se ut til ha tolket drap til å være nok til at kontroll blir opprettet, nødvendigvis er motsagt med *Al-Skeini*. Alastair Stewart tar i en artikkel fra 2011 avstand fra Milanovic sin uttalelse ovenfor, og sier at dersom Storbritannia ikke hadde utøvet “public powers”, så er det ikke dermed gitt at domstolen ikke kunne funnet kontroll å foreligge på grunn av utøvelse av dødelig makt i seg selv.¹³¹

¹²⁶ Milanovic (2012) side 131 og Ryngaert (2012) side 60.

¹²⁷ Milanovic (2012) side 130.

¹²⁸ Da Costa (2013) side 252.

¹²⁹ Milanovic (2012) side 130.

¹³⁰ Ibid. side 131.

¹³¹ Stewart (2011) side 114.

Hovedpoengene til Stewart i denne sammenheng er at når domstolen i *Al-Skeini* sier at kontroll ble opprettet på grunn av at Storbritannia utøvde “public powers”, så henger dette sammen med at “The ‘public powers test’ can be seen to have a broader application in this case than the ‘use of force test’ would have, if it had been applied”.¹³² Dette betyr, sier Stewart, at Storbritannia utøvde jurisdiksjon over samtlige drepte individer under operasjonen de utførte i Irak, ikke bare de seks drepte saken omhandler. Dersom EMD hadde brukt ‘use of force test’ så hadde dermed ikke resultatet nødvendigvis vært noe annerledes, men domstolen hadde måttet gjøre en spesifikk analyse i hver av de seks tilfellene.¹³³

Når Da Costa analyserer *Al-Skeini* understreker hun tilslutt det viktige poenget at domstolen selv faktisk ikke har uttalt seg spesifikt om hvorvidt drapet i seg selv kan opprette kontroll eller ikke, og deretter uttaler at: “The Court seems to be opposed to a broad cause-and-effect notion of jurisdiction under the Convention, although refraining from openly indicating reasons justifying its position.”.¹³⁴

3.4 Delkonklusjon

Med utgangspunkt i at EMK kun kommer til anvendelse der staten har kontroll, viser dette kapittelet at omvendt vil ikke EMK artikkel 2 komme til anvendelse der kontroll ikke er etablert. Videre er det klart at dersom en person blir drept mens han sitter i varetekt, er dette innenfor kontroll. Det som derimot fortsatt ikke er klart er om bruk av dødelig makt fører til at konvensjonen kommer til anvendelse ekstraterritorielt først når en forutgående hendelse allerede har opprettet kontroll, eller om kontroll også kan bli opprettet idet den dødelige makten utøves. Den lenge påventede *Al-Skeini*-dommen, som mange ventet skulle avklare spørsmålet, er ikke særlig klar på dette området, og det er grunnleggende uenighet i

¹³² Ibid. side 114.

¹³³ Stewart (2011) side 115. Merk også at oppgavens korte avsnitt her ikke øver full rettferdighet mot Stewarts argumentasjon. Samtlige fire sider av del tre i artikkelen burde leses for å forstå argumentasjonen bak hans uttalelser.

¹³⁴ Da Costa (2013) side 252.

teorien om hvordan dommen skal leses. *Al-Skeini* kan ikke forkaste teorien om at drap i seg selv er utøvelse av kontroll, men den er heller ikke spesielt godt egnet til å støtte opp om teorien.

Tilbake står vi da med *Issa* og *Isaak*, som kan tolkes til å bety at man ikke nødvendigvis trenger en forutgående handling for at kontroll opprettes, og *Pad*, *Andreou* og *Solomou* som gir sterke indikasjoner på at det å drepe i seg selv oppretter kontroll.

Slik som EMDs rettspraksis i dag taler er det følgelig ikke klart under hvilke omstendigheter en stat kan holdes ansvarlig etter EMK artikkel 2 for bruk av dødelig makt utenfor sitt territorium når ikke en forutgående hendelse har funnet sted. Mye tyder likevel på at dersom drap blir begått av statsagenter utenfor eget territorium, vil dette i seg selv være tilstrekkelig til opprettelse av kontroll og dermed en krenkelse av EMK med mindre en av rettmessighetsgrunnene i EMK artikkel 2 er oppfylt.¹³⁵

¹³⁵ Se oppgavens kapittel 1.3 om retten til liv og EMK artikkel 2 første og andre ledd.

4 Sammenlikninger og rettspolitiske betraktninger

Dette kapittelet vil behandle de rettspolitiske betraktninger rundt en vid tolkning av kontrollbegrepet der drap i seg selv kvalifiserer til kontroll versus en streng tolkning av kontrollbegrepet der drap i seg selv ikke kvalifiserer til kontroll.¹³⁶

Kapittelet begynner med mulige forklaringer på hvorfor EMD la lista for kontroll så høyt i *Banković*, og deretter vil de rettspolitiske argumentene for og mot et strengt kontrollbegrep i forbindelse med retten til liv behandles. Siste del av kapittelet vil sammenlikne EMDs tolkning av kontrollbegrepet i EMK med menneskerettighetskomiteen, ICJ og den amerikanske menneskerettighetskommisjonens tolkning av kontrollbegrepet i SP og AMK.

Formålet med å behandle slike rettspolitiske vurderinger samt sammenlikninger er å ta et skritt tilbake fra slik det europeiske menneskerettighetssystemet faktisk er i dag De lege lata, og heller fokusere på hvordan retten burde være, De lege ferenda. Slik kan oppgaven illustrere også den politisk betente delen av diskusjonen, behandle mulige problematiske standpunkter i EMDs praksis tidligere og i dag, og også se på mulige alternative løsninger til EMDs forståelse av kontrollbegrepet.

4.1 Rettspolitiske betraktninger

Banković er avsagt 12. desember 2001, altså kun tre måneder etter terrorangrepet 11. september i USA. Verden virket en stakket stund kaotisk og fremtiden skremmende – og hendelsen var unektelig med på å farge dommernes avgjørelser i *Banković*.¹³⁷ Et av argumentene som Lawson trekker fram når han i en artikkel diskuterer bakgrunnen for *Banković*, er talen til Luzius Wildhaber, EMDs tidligere president, da han åpnet domstolens juridiske år

¹³⁶ Avgrensningene i kapittel én der oppgaven avgrenses mot blant annet humanitærretten og omfanget av konvensjoners ekstraterritoriale anvendelse gjør seg selvfølgelig fortsatt gjeldende.

¹³⁷ Milanovic (2012) side 123. Se også Altiparmak (2004) side 250 som viser til Hannum sine uttalelser i *Bombing for peace: Collateral damage and human rights* (2002) side 98.

2002.¹³⁸ Wildhaber legger i denne talen blant annet vekt på at det er viktig for stater å kunne beskytte seg mot terrorisme og at menneskerettighetene gir plass til nettopp dette.¹³⁹ Bak argumentet kan man blant annet ane bekymringen for at en lav terskel for opprettelse av kontroll vil gjøre at stater som sender statsagenter til konfliktområder sannsynligvis vil få en stor økning av dommer mot seg i EMD, som igjen kan gjøre stater mer restriktive til å sende statsagenter for å bistå i konfliktfylte områder, slik at i siste instans vil terrorisme bli vanskeligere å bekjempe.

Milanovic sier i en artikkel at domstolen i *Bankovic* var "...understandably torn between considerations of universality and effectiveness."¹⁴⁰ Samtidig som domstolen trolig ønsket å fremme menneskerettighetenes universelle natur ønsket ikke domstolen å oversvømme et allerede belastet system med mengder av tid- og ressurskrevende klagesaker der bevis var vanskelig tilgjengelig.¹⁴¹ Kerem Altiparmak tegner et beskrivende bilde av denne konsekvenstenkningen når han sier "...the ECtHR was aware of the risk of opening Pandora's box."¹⁴²

I tillegg til slike praktiske argumenter er det gjerne et generelt argument som blir brukt mot å la EMK få ekstraterritoriell anvendelse; nemlig menneskerettighetenes fundament i konseptet gjensidighet. Med tanke på at EMK er en regional konvensjon, og den gjennomføringsmekanismen i verden i dag med størst gjennomslagskraft, vil man ved å anvende EMK ekstraterritorielt gi andre større beskyttelse enn man vil kunne forvente å få tilbake, og slik forlate konseptet om gjensidighet.¹⁴³ På tross av dette argumentets umiddelbare logikk svikter argumentet når man ser på menneskerettighetene som et hele – menneskeret-

¹³⁸ Lawson (2004), side 115 og 116.

¹³⁹ Ibid. side 116.

¹⁴⁰ Milanovic (2012) side 123.

¹⁴¹ Ibid. side 123.

¹⁴² Altiparmak (2004) side 250 og 251.

¹⁴³ Se Milanovic (2012) diskutere dette på side 123. Se også dette kapittelets avsnitt om "espace juridique" der argumentet blir nyansert.

tighetene er tross alt ikke laget for å sørge for at en selv eller sin region får det best mulig, men derimot for å fremme alle menneskers like krav på rettigheter.¹⁴⁴ At man har laget en velfungerende mekanisme som straffer bare enkelte staters menneskerettighetsbrudd bør ikke være et argument for å ikke bruke denne mekanismen til å stanse de menneskerettighetsbruddene man kan. Ei heller bør et slikt argument være tilstrekkelig for å tolke inn en så høy terskel for kontrolloppnåelse at konvensjonen ikke får anvendelse ekstraterritorielt ved vilkårlige drap.

På tross av den forståelige uroen i forbindelse med kapasitetsproblemer og fravikelse av grunnleggende prinsipper for menneskerettighetene ved lav terskel for kontroll, kan det på mange måter også være problematisk å ha en høy terskel for kontrollopprettelse. En høy terskel for anvendelse av EMK ekstraterritorielt kan nemlig føre til den kunstige situasjonen der en stat kan begå handlinger ustraffet utenfor sitt territorium, som hjemme ville vært klare konvensjonsbrudd.¹⁴⁵ Gondek fremhever nettopp dette dilemmaet som det viktigste argumentet for ekstraterritoriell anvendelse av menneskerettighetskonvensjoner.¹⁴⁶ Tidligere EMD-dommer Bonello går enda lenger, og kritiserer en slik situasjon der en stat kan begå handlinger ustraffet utenfor sitt territorium som hjemme ville blitt omfattet av konvensjonen som et tilfelle der menneskerettighetene er ”depending on geographical coordinates”.¹⁴⁷

Michael O’Boyle sier om denne kritikken at det selvfølgelig er viktig at stater holdes ansvarlige for sin handlinger også utenfor sitt territorium, men ved å legge terskelen høyt for kontrolloppnåelse sier ikke EMD annet enn at domstolen ikke er det rette forumet til å hol-

¹⁴⁴ Se blant annet fortalen til Verdenserklæringen.

¹⁴⁵ Se blant annet Da Costa (2013) argumentere slik, side 179.

¹⁴⁶ Gondek (2009) side 372.

¹⁴⁷ Se *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* (2011) der Bonello i “concurring opinion of judge Bonello” benytter anledningen til å kritisere domstolens fremgangsmåte i dette temaet, avsnitt 18.

de en stat ansvarlig for slike handlinger.¹⁴⁸ På tross av at O'Boyles argument har mye for seg, er det flere rettspolitiske grunner til at argumentet er langt fra vanntett.

For det første må det sies at dersom EMD kun har ønsket å formidle at domstolen ikke er det rette forum for å behandle ekstraterritoriell bruk av dødelig makt, har det siste tiårs fremgangsmåte der domstolen har skapt inkonsekvente retningslinjer for EMKs ekstraterritorielle anvendelse i forbindelse med tap av liv vært en svært forvirrende fremgangsmåte å formidle dette budskapet på.

Viktigere er det likevel at slik situasjonen er i dag vil mange europeiske stater i praksis ustraffet kunne utføre drap utenfor sine grenser dersom ikke EMD behandler disse sakene. Grunnen til det er rett og slett at Europas alternative eksisterende menneskerettighetsmekanismer ikke er egnet til å behandle slike saker i dag; individklageretten under SP eksisterer kun dersom staten din har ratifisert tilleggsprotokoll VP1 og uansett kan det i slike situasjoner ikke treffes bindende avgjørelser, ICJ åpner ikke for at enkeltindivider kan ta saker til domstolen, og hos den internasjonale straffedomstolen er det kun enkeltpersoner som blir straffeforfulgt.¹⁴⁹ Videre er EMD den mekanismen i dag med klart størst politisk press bak gjennomføringen av domstolens avgjørelser. Slik situasjonen er i dag er det følgelig stor sjanse for at et høyere antall ekstraterritorielle drap foretatt av statsaktører kan foregå ustraffet dersom EMD ikke behandler slike saker.

På tross av disse helt reelle argumentene er det naturlig å igjen dra fram domstolens kapasitetsbekymringer. Domstolen har store utfordringer med å behandle alle klager som kommer inn i dag, og dersom alle personer i hele verden skulle hatt muligheten til å klage til domstolen der en konvensjonsstats aktør har utøvet dødelig makt er det en reell fare for at doms-

¹⁴⁸ Se O'Boyle (2004) side 135 der han til dels støtter opp under EMDs avgjørelser i *Banković*.

¹⁴⁹ Se blant annet Høstmælingen (2012) side 369 og 449. Merk også at det ikke er fullstendig korrekt at ICJ ikke åpner for at enkeltindivider kan ta saker til domstolen da en stat kan ta en sak til domstolen på vegne av egne borgere. Artikkel 34 i EMK er bestemmelsen som åpner for individklager til EMD.

tolen vil bli fullstendig nedgravd i saker.¹⁵⁰ I så måte har O'Boyle et meget godt argument når han sier at EMD kanskje ikke er det rette forum for å behandle slike saker.

Det kanskje største problemet med en høy terskel for kontrollopprettelse, resten av EMDs avgjørelser om ekstraterritoriale drap tatt i betraktning, er likevel at konvensjonen kommer til anvendelse ekstraterritorielt dersom en person blir drept i varetekt, men ikke dersom personen blir drept på gata.¹⁵¹ Som blant annet Milanovic sier skaper dette "...an incentive for states to kill rather than capture,...".¹⁵² EMD-dommer Bonello beskrev denne situasjonen som "riotous absurdities" da han kom med sine tilleggskommentarer i *Al-Skeini*.¹⁵³ Altiparmak er en av dem som setter fingeren på det underliggende problemet i denne sammenheng når han trekker fram den totale mangel på konsistens.¹⁵⁴ Altiparmak mener at enten burde EMK komme til anvendelse både dersom en person blir utsatt for ekstraterritoriell dødelig makt i varetekt *og også* dersom han blir utsatt for dette på gata, eller ikke få anvendelse i noen av tilfellene.¹⁵⁵ Dette insentivet til å drepe fremfor å fengsle er kanskje i seg selv stor nok grunn rent rettspolitisk til at utøvelse av dødelig makt burde være nok til at EMK artikkel 2 får ekstraterritoriell anvendelse.

Et viktig argument mot å ha en vid tolkning av kontrollbegrepet, der drap i seg selv utløser jurisdiksjon, er at artikkel 2 ved en slik vid tolkning av kontrollbegrepet vil få en merkelig funksjon der alle som er i en posisjon der de potensielt kan drepes er innenfor en slags nesten-jurisdiksjon. De lege ferenda burde ikke en artikkel tolkes slik at den De lege lata står tilbake uten betydning. På den annen side, med tanke på at det bare er ved bruk av dødelig makt artikkelen nær mister sin betydning, er likevel ikke dette argumentet, rent rettspolitisk, særlig graverende – ved konvensjonsbrudd som ikke innebærer brudd på retten til liv

¹⁵⁰ Se oppgavens delkapittel 4.3 om "Espace juridique".

¹⁵¹ Se fotnote 72.

¹⁵² Milanovic (2011) side 191. Se også tidligere nevnte sitat fra Hurst Hannum i fotnote 72.

¹⁵³ *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* "concurring opinion of judge Bonello" avsnitt 15.

¹⁵⁴ Altiparmak (2004) side 230.

¹⁵⁵ Ibid. side 230.

fungerer jo jurisdiksjonsartikkelen formodentlig som tilsiktet. Videre er det rent rettspolitisk trolig mer problematisk med en inkonsekvent utøvelse av artikkel 2, der den kommer til anvendelse ekstraterritorielt ved drap i varetekt men ikke ved drap av en tilfeldig sivil på gata, enn at konvensjonen ikke lenger har noe relevant kriterium for å si når konvensjonen kommer til anvendelse ved utøvelse av dødelig makt.

EMD har selv flere ganger sagt at situasjonen der terskelen for kontroll er så høy at en stat kan begå forbrytelser utenfor landet som den ikke kan begå på eget territorium er uholdbar. I flere dommer det siste tiåret har nemlig EMD gjentatt følgende sitat fra den tidligere nevnte avgjørelsen *Lopez Burgos*:

“The convention cannot be interpreted as to allow a State party to perpetrate violations of the convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory”.¹⁵⁶

Det er rimelig å anta at et sikt utsagt vil stå enda sterkere dersom overgrepene det var snakk om var drap. Likevel fører ikke EMDs henvisninger til slike sitat til annet enn forvirring når avgjørelsene fra EMD det siste tiåret ikke tar et klart oppgjør med rettspraksisen som la opp til et slikt strengt kontrollbegrep – realiteten er fortsatt slik at dersom en stat utøver dødelig makt ekstraterritorielt er det ikke klart at konvensjonen kommer til anvendelse med mindre utøvelsen av makten skjer mot en person som sitter i varetekt.¹⁵⁷

Dette delkapittelet viser at de rettspolitiske hensyn for ekstraterritoriell anvendelse av EMK artikkel 2 i forbindelse med en stats anvendelse av tilfeldig dødelig makt trekker i flere retninger. Med bakteppet der domstolen i dag sier at kontroll er opprettet der en person i varetekt blir drept, trekker de rettspolitiske vurderingene likevel først og fremst i retning av at konvensjonen også burde få anvendelse der statsagenter dreper vilkårlig ekstraterritori-

¹⁵⁶ Se *Lopez Burgos mot Uruguay* avsnitt 12.3, og *Issa med flere mot Tyrkia* avsnitt 71.

¹⁵⁷ Se oppgavens kapittel tre.

elt; hvis ikke blir resultatet at statsagenter bør skyte før de spør. At konvensjonen De lege ferenda burde få ekstraterritoriell anvendelse i forbindelse med utøvelse av dødelig makt, gjør selvfølgelig ikke at den får noe mer anvendelse ekstraterritorielt De lege lata.

Siste del av kapittel fire vil nå se på hvordan gjennomføringsmekanismene til SP og AMK har tolket samme kontrollbegrepet som har oppstått fra deres jurisdiksjonsklausuler. Kanskje kan deres løsninger være aktuelle alternativ også for EMD.

4.2 EMDs tolkning av kontrollbegrepet sammenliknet med tolkningen av kontrollbegrepet i gjennomføringsmekanismene til SP og det inter-amerikanske systemet

ICJ, menneskerettighetskomiteen og den amerikanske menneskerettighetskommisjonen har behandlet langt færre saker om ekstraterritoriell anvendelse av sine respektive instrumenter i forbindelse med utøvelse av dødelig makt enn det EMD har. Likevel er det enkelte avgjørelser og uttalelser som er relevante å sammenlikne med EMDs ekstraterritorielle rettspraksis i forbindelse med anvendelse av dødelig makt.¹⁵⁸

Som nevnt tidligere gjør menneskerettighetskomiteens General Comment no. 31 det helt klart at SP har ekstraterritoriell anvendelse og at konvensjonens rettigheter gjelder for alle de som er innen en stats kontroll.¹⁵⁹ Kommentaren beskriver dessverre ikke hvordan slik kontroll oppnås.

Martin Scheinin trekker fram et eksempel fra menneskerettighetskomiteens svar på Irans Statsrapport (såkalte Concluding Observations) i 1993 når han sier at det kan virke som

¹⁵⁸ En sammenlikning er også aktuell fordi de forskjellige mekanismene hyppig refererer til hverandres avgjørelser, se eksempelvis Gondek (2009) side 368 som omtaler en "...considerable cross-fertilization between human rights systems..".

¹⁵⁹ General Comment nr. 31, artikkel 10.

menneskerettighetskomiteen presumerer at drap i seg selv er nok til å opprette kontroll.¹⁶⁰ Menneskerettighetskomiteen skriver nemlig i sitt svar på Irans rapport at dersom Iran, slik de har truet med, faktisk tar livet av Salman Rushdie, og dette skjer utenfor Iran, vil dette være et brudd på SP.¹⁶¹ Når Scheinin trekker fram dette poenget i sin konklusjon er det ikke for å diskutere om drap i seg selv kan være nok til å opprette kontroll, men likevel er denne uttalelsen fra menneskerettighetskomiteen et godt eksempel på at det kan virke som drap i seg selv oppfyller kontrollkriteriet i SP. På den annen side, på samme måte som i EMDs uttalelser om temaet, diskuterer heller ikke menneskerettighetskomiteen noe konkret rundt uttalelsen – dette er selvfølgelig mer naturlig her fordi det tross alt var et konkret svar på en statsrapport – men det gjør det likevel vanskeligere å tillegge uttalelsene særlig vekt. Videre kom disse uttalelsene i 1993, altså før kommentar 31 hadde gjort det tydelig at SP hadde ekstraterritoriell anvendelse – og det er vanskelig å tro at mer enn 10 år før det var klart at konvensjonen hadde ekstraterritoriell anvendelse, gikk menneskerettighetskomiteen så langt som til å si at det å drepe i seg selv er tilstrekkelig til at konvensjonen kommer til anvendelse ekstraterritorielt.

ICJ på sin side har hittil kun to avgjørelser som omhandler ekstraterritoriell anvendelse av SP og det er den allerede omtalte rådgivende uttalelsen om den israelske muren, og *Den demokratiske republikken Kongo mot Uganda* der domstolen behandlet Ugandas deltagelse i Kongos borgerkrig.¹⁶² I begge sakene ble SP ansett å få ekstraterritoriell anvendelse, og domstolen sluttet seg slik til menneskerettighetskomiteen sine uttalelser i Kommentar 31 –

¹⁶⁰ Se Scheinin (2004) side 80.

¹⁶¹ Se Scheinin (2004) side 80 som viser til menneskerettighetskomiteens “Concluding observations”, (1993) avsnitt 9.

¹⁶² Rådgivende uttalelse ICJ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, og *Den demokratiske republikken Kongo mot Uganda*.

likevel er det ingen av dommene som spesifikt omtaler hvordan kontroll blir oppnådd i forbindelse med bruk av dødelig makt.¹⁶³

Verken menneskerettighetskomiteen eller ICJ har følgelig uttalelser som klart kan tolkes som om vilkårlig drap i seg selv er tilstrekkelig for opprettelse av kontroll, og slik innenfor statens jurisdiksjon.

Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen derimot, har gått lenger enn både EMD, menneskerettighetskomiteen og ICJ på området. *Armando Alejandro junior med flere mot Cuba*, også kjent som *Brothers to the Rescue*, omhandler cubanske militærflys nedskyting av to sivile fly i internasjonalt luftrom i 1996 der fire sivile menn ble drept. En del av spørsmålet for den amerikanske menneskerettighetskommisjonen omhandlet den ekstraterritorielle anvendelsen av de internasjonale konvensjonene Cuba har bundet seg til, og om dette uttalte kommisjonen følgende: "...when agents of a state, whether military or civilian, exercise power and authority over persons outside national territory, the state's obligation to respect human rights continues...".¹⁶⁴ Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen fant videre at det fantes bevis for at cubanske statsagentene hadde "...placed the civilian pilots [...] under their authority..." og følgelig fikk den amerikanske menneskerettighetserklæringen ekstraterritoriell anvendelse.¹⁶⁵ Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen diskuterer i avgjørelsen ganske enkelt om det finnes bevis for at det var cubanske statsagenter som skjøt ned de sivile flyene – når så dette ble bevist ble kontroll fastslått direkte.¹⁶⁶ Følgelig sier kommisjonen her at å skyte ned og drepe er å opprette kontroll.¹⁶⁷

¹⁶³ Se rådgivende uttalelse fra ICJ; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* avsnitt 111 og 112, og *Den demokratiske republikken Kongo mot Uganda* eksempelvis avsnitt 160, 210 og 247. Se blant annet også Da Costa (2013) side 77-84.

¹⁶⁴ *Armando Alejandro junior med flere mot Cuba*, avsnitt 25

¹⁶⁵ Ibid. avsnitt 25

¹⁶⁶ Ibid. avsnitt 25

¹⁶⁷ Se blant annet Goldman (2013) hevde dette på side 111.

Alejandro likner på *Banković* ved at det i begge sakene er militærfly som skyter og dreper sivile, men i avgjørelsen av sakene har de to gjennomføringsmekanismene en ganske forskjellig fremgangsmåte. Første åpenbare forskjell er at mens EMD i *Banković* diskuterer territoriell kontroll, diskuterer den amerikanske menneskerettighetskommisjonen i *Alejandro* individkontroll. Videre finner den amerikanske menneskerettighetskommisjonen at de sivile pilotene var innen Cubas kontroll, på tross av at det ikke var annen militær tilstedeværelse enn de to flyene som skjøt, mens EMD i *Banković* avviser NATO-statenes kontroll, på tross av stor militær tilstedeværelse i luftrommet.¹⁶⁸

Det er flere poenger å hente ut fra sammenlikningen av disse to dommene. For det første ser man igjen at det tilsynelatende ikke er noen klare retningslinjer for når gjennomføringsinstrumenter diskuterer om territoriet er innenfor kontroll, og når de diskutere om individer er innenfor kontroll. Viktigere i denne sammenheng er likevel at terskelen for kontrollkriteriet i *Alejandro* virker være mye lavere enn den som ble satt i *Banković* av EMD. Larsen poengterer dette i sin doktoravhandling med ordene: “The explanation appears to be that the ECtHR applied a higher threshold than the IACommHR...”. Larsen viser deretter til Cerone som kommer med liknende uttalelser.¹⁶⁹

På tross av at *Alejandro* er avgjort 2 år før *Banković*, og gjennomføringsmekanismene frem til denne saken i stor grad hadde referert og henvist til hverandre i forbindelse med nye avgjørelser, skiller gjennomføringsmekanismene her lag.¹⁷⁰ Der *Banković* er langt unna å si at drap i seg selv kan være kontroll, sier den amerikanske menneskerettighetskommisjonen her at bare det å utøve dødelig makt over pilotene var nok til at kontroll oppstod og konvensjonen kom til anvendelse.¹⁷¹ Christina Cerna skriver om dette at på grunn av de svært så liknende situasjonene i *Alejandro* og *Banković* er avgjørelsene lett å sammenlikne og

¹⁶⁸ *Banković med flere mot Belgia med flere* og *Armando Alejandro junior med flere mot Cuba* avsnitt 25.

¹⁶⁹ Larsen (2010) side 191 som viser til Cerone (2005).

¹⁷⁰ Se fotnote 158.

¹⁷¹ Se blant annet Da Costa (2013) side 145 og 146.

man må derfor kunne forvente at dersom et faktum som *Banković* hadde kommet opp hos den amerikanske menneskerettighetskommisjonen, ville resultatet vært at kontroll var opprettet.¹⁷²

På tross av at sakene i *Alejandre* og *Banković* er svært like, er *Alejandre* likevel ikke særlig egnet til å gi EMD en alternativ relevant tolkningsmåte av kontrollbegrepet. Grunnen til dette er at utgangspunktet for de to avgjørelsene er svært forskjellig da Cuba ikke har ratifisert AMK, som igjen betyr at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen i *Alejandre* brukte den amerikanske menneskerettighetserklæringen. Som kjent ble den amerikanske menneskerettighetserklæringen originalt skrevet som et ikke-bindende instrument, og å dra sammenlikninger mellom EMK og et ikke-bindende instrument vil i utgangspunktet trolig ikke gi mange relevante tolkningsalternativer for EMD.

På den annen side har den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen i en rådgivende uttalelse fra 1989 slått fast at “That the Declaration is not a treaty does not, then, lead to the conclusion that it does not have legal effect...” og følgelig er det gamle utgangspunktet om erklæringens ikke-bindende natur likevel ikke det sterkeste argumentet for at erklæringen ikke kan være en god sammenlikningsmodell for EMD.¹⁷³

Hovedproblemet med å bruke avgjørelser basert på den amerikanske menneskerettighetserklæringen som et alternativ til en relevant tolkningsmåte av EMDs kontrollbegrep er dermed, heller enn erklæringens ikke-bindende natur, erklæringens jurisdiksjonsklausul.¹⁷⁴ Erklæringen fastslår nemlig i artikkel 2, som er den artikkelen som gjerne blir fremhevet som erklæringens jurisdiksjonsklausul, at “All persons are equal before the law and have the rights and duties established in this Declaration, without distinction as to race, sex,

¹⁷² Cerena (2004), side 158.

¹⁷³ Rådgivende uttalelse, den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen, 1989, avsnitt 47. Se også avsnitt 42-46.

¹⁷⁴ Se Cassel (2004) fremsette dette argumentet på side 178.

language, creed or any other factor”. Verken ordet jurisdiksjon eller territorium er altså brukt, og erklæringen slår enkelt fast at “all persons” er omfattet – følgelig er det naturlig å dra den konklusjonen at alle personer, helt uavhengig av sted, er omfattet av konvensjonens bestemmelser, og altså at den fra opprettelsen har hatt en ekstraterritoriell anvendelse.¹⁷⁵ Når den amerikanske menneskerettserklæringen ikke har en jurisdiksjonsklausul på samme måte som EMK, og følgelig ikke trenger å tolke ordet “jurisdiksjon” eller “kontroll” på samme måte som EMD må, vil det være vanskelig for EMD å bruke den amerikanske menneskerettighetskommisjonens avgjørelser med base i erklæringen som inspirasjon og sammenlikning til hvordan kontrollbegrepet skal tolkes. Dette har EMD selv sagt, blant annet der domstolen avviste klagerne i *Banković* sin henvisning til *Coard med flere mot USA* som irrelevant på grunnlag av den amerikanske menneskerettighetserklæringens manglende jurisdiksjonsklausul.¹⁷⁶

Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen har imidlertid også avsagt en liknende avgjørelse som *Alejandro* med utgangspunkt i AMK – og som kapittel 2 har vist har AMK en svært lik jurisdiksjonsklausul som EMK. Avgjørelsen *Ecuador mot Colombia* omhandler en ecuadorianer som ble drept da Colombia gikk til luftangrep på rebellstyrken FARC da styrken befant seg rett over grensen til Ecuador.¹⁷⁷ Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen kom til at AMK fikk anvendelse i saken fordi Colombia ble ansett å ha kontroll over både ecuadorianeren som ble drept og territoriet hendelsen utspilte seg på – det kommer følgelig ikke klart frem av avgjørelsen om det ble lagt vekt på individkontroll eller territoriell kontroll, men viktigst i denne sammenheng er at kontroll var ansett opprettet.¹⁷⁸ Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen legger vekt på at for at AMK skal få ekstraterritoriell anvendelse må det være årsakssammenheng mellom den ekstraterritori-

¹⁷⁵ Dette er også slått fast av den amerikanske menneskerettighetskommisjonen flere ganger. Blant annet i *Coard med flere mot USA* der USA invaderte Granada i 1983, avsnitt 37.

¹⁷⁶ *Banković med flere mot Belgia* mot flere avsnitt 78.

¹⁷⁷ *Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador mot Colombia*.

¹⁷⁸ *Ibid.* avsnitt 101-103.

elle handlingen og det anførte bruddet på konvensjonen på samme måte som EMD vektla dette i *Andreou*.¹⁷⁹

Det som likevel er mest interessant i denne saken er at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen sier at ekstraterritoriale handlinger i seg selv ikke er nok til å gi rettighetene som konvensjonen innebærer anvendelse: “Instead, the obligation does arise in the period of time that agents of a state interfere in the lives of persons who are on the territory of the other State, for those agents to respect their rights, in particular, their right to life and humane treatment.”¹⁸⁰ Dette kan enkelt tolkes til å bety at når det gjelder retten til liv er statsagenters påvirkning av livene til personene som bor i det andre landet, nok til at konvensjonen få ekstraterritoriell anvendelse – å drepe er definitivt å påvirke (“interfere”), og følgelig kommer AMK alltid til anvendelse ekstraterritorielt ved drap. Som i EMDs avgjørelser om slike saker ble forklaringene rundt hvordan kontrollen hadde blitt opprettet hoppet over også i denne saken. Avgjørelsen viser imidlertid tydelig at det ikke nødvendigvis trengs en forutgående hendelse for at konvensjonen skal komme til anvendelse ekstraterritorielt, men heller at å drepe er tilstrekkelig.

Det er altså flere saker som viser at den amerikanske menneskerettighetskommisjonens saker og uttalelser ser på drap i seg selv som nok til at kontroll er opprettet – dette på samme måte som EMD kan tolkes å ha sagt i *Issa, Isaak, Pad, Andreou* og *Solomou*.¹⁸¹ Hvis man ser sakene på den måten er den store forskjellen mellom EMD og den amerikanske menneskerettighetskommisjonen at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen ikke har noen “Banković-saker” der en samlet dommerflokk grundig behandler liknende saker og kommer til helt motsatt resultat.

¹⁷⁹ Ibid. avsnitt 99. Se også oppgavens del 3.3.2 der *Andreou* er omtalt.

¹⁸⁰ Ibid. avsnitt 100.

¹⁸¹ Se oppgavens kapittel tre.

Det er i oppgaven tidligere vist at det er flere gode rettspolitiske grunner til at EMD bør si at drap i seg selv er tilstrekkelig til å opprette kontroll, og slik gi EMKs artikkel 2 ekstraterritoriell anvendelse, og vi ser her at liknende grunner har gitt nettopp denne løsningen i en liknede gjennomføringsmekanisme som tolket en svært lik jurisdiksjonsklausul. Slik ser vi at alternativet der drap i seg selv er tilstrekkelig til at konvensjonen kommer til anvendelse faktisk er tilfelle hos den amerikanske menneskerettighetskommisjonen, og følgelig – på bakgrunn av at kontrollbegrepet tross alt ikke er annet enn et produkt av EMDs tolkninger – bør ikke en liknende tolkning være fullstendig uaktuell å innføre i praksis heller hos EMD.

4.3 “Espace juridique”¹⁸²

Det er nå på tide å ta opp et tema oppgaven så lang med overlegg lenge har omgått, nemlig diskusjonen om de respektive instrumentenes rettsområde (espace juridique) – spørsmålet om instrumentene kun kan få ekstraterritoriell anvendelse på territoriet til andre konvensjonsparter eller også på territoriet til stater som ikke er konvensjonsparter. Denne diskusjonen er svært relevant når det snakkes om instrumentets ekstraterritorielle anvendelse av den enkle grunn at dersom et instrument som får ekstraterritoriell anvendelse ikke er begrenset av “espace juridique”, vil plutselig alle i hele verden være beskyttet av konvensjonen fra konvensjonsstaters handlinger.

I behandlingen av dette spørsmålet er det vesentlig at EMK, AMK og den amerikanske menneskerettighetserklæringen er regionale instrumenter, mens SP er et globalt instrument.

På grunn av SPs globale rekkevidde ville det blitt unaturlig om denne kun gjaldt på de ratifiserende staters territorium og følgelig har spørsmålet om “espace juridique” ikke vært et stort tema i forbindelse med SPs anvendelsesområde: SPs bestemmelser gjelder overalt.¹⁸³

¹⁸² Fransk for rettslig anvendelsesområde.

¹⁸³ Se blant annet Da Costa (2013) kapittel en, spesielt side 89 og Gondek (2009) side 374.

Når det gjelder EMK så var det på grunnlag av EMDs til dels motsigende uttalelser på området lenge en diskusjon om EMK kun kunne få ekstraterritoriell anvendelse innen konvensjonens region, eller også utenfor. De store diskusjonene om temaet ble feid til side i *Al-Skeini* der EMD, med henvisning til blant annet *Issa* og *Medvedyev*, slo fast at det ikke er noe som skulle tilsi at konvensjonen aldri kan komme til anvendelse utenfor Europarådets medlemsstaters territorium.¹⁸⁴ Med Da Costa sine ord; ...”the Grand Chamber completely refuted the space juridique principle...”.¹⁸⁵

For OAS-medlemmer er derimot utgangspunktet omvendt. Riktignok har de amerikanske instrumentene fått anvendelse ekstraterritorielt både i internasjonalt luftrom (*Alejandro*) og i Spania (*Coard med flere mot USA*), men det kan virke som den amerikanske menneskerettighetskommisjonen har opprettet et eget “espace juridique” som er innenfor den vestlige halvkule.¹⁸⁶ Goldman sier nettopp dette når han sier at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen “views the region’s human rights system as applying solely within the geographic boundaries of the Western Hemisphere.”¹⁸⁷ Han eksemplifiserer uttalelsen ved å vise til at det foreløpig ikke har blitt åpnet sak på noen av de klagene som har innkommet i forbindelse med amerikanske soldaters tilstedeværelse i Irak eller Afghanistan.¹⁸⁸

Denne forskjellen mellom EMK og det inter-amerikanske systemet gjør at en sammenlikning mellom gjennomføringsmekanismenes tolkning av instrumentene mister mye av sin kraft. Hovedgrunnen til dette er, som kapittelet allerede har vært inne på, at det er naturlig å tenke seg at bekymring for omfanget av instrumentets anvendelsesområde er med på å på-

¹⁸⁴ *Al-Skeini med flere mot Storbritannia*, avsnitt 141 og 142. Se også Larsen (2012) som viser til *Al-Saadoon og Mufdhi mot Storbritannia* (2009) der Storbritannia fremførte ”espace juridique”-argumentet uten å få gehør for dette fra EMD.

¹⁸⁵ Da Costa (2013) side 250.

¹⁸⁶ Se blant annet Gondek (2009) side 221.

¹⁸⁷ Goldman (2013) side 103.

¹⁸⁸ Ibid. side 103.

virke inngangsvilkårene for definisjonen av anvendelsesområdet. Dersom anvendelsesområdet til en konvensjon ikke blir begrenset av “espace juridique” til å kun få anvendelse ekstraterritorielt i stater som også har ratifisert det samme instrumentet, vil det være et større skritt å la konvensjonen få ekstraterritoriell anvendelse fordi samtlige konvensjonsstater da vil gi rettigheter til borgerne av stater som ikke kan gi den samme beskyttelsen tilbake. EMD har, i motsetning til den amerikanske menneskerettighetskommisjonen, tatt dette store skrittet og utelukker nå ikke at borgere av alle verdens land kan gå til EMD dersom en konvensjonsstat mistenkes å ha handlet i strid med konvensjonens bestemmelser ekstraterritorielt ovenfor borgeren. Dette faktum kan være en grunn for at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen har hatt lettere enn EMD for å si at det å drepe i seg selv er tilstrekkelig til å opprette jurisdiksjon.

På den annen side er denne forskjellen neppe avgjørende for de til dels ulike tolkningene av kontrollbegrepet hos de to systemene. Grunnen til dette er at rettsområdet til EMK tross alt ble avgjort for kun 2 år siden.¹⁸⁹ Følgelig kan manglende “espace juridique”-begrensninger neppe ha bidratt særlig til å legge terskelen for EMDs tolkning av kontrollbegrepet høyt i *Banković*, som jo er avsagt 10 år tidligere.

Argumentet er likevel ikke fullstendig uten tyngde med tanke på at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen foreløpig ikke har tatt klar stilling til om de amerikanske instrumentene har en “espace juridique”-begrensning – litt av grunnen til at kontrollbegrepet i det inter-amerikanske systemet har fått en vid definisjon kan jo nettopp være at dommerne har tenkt at instrumentene kun skal gjelde på den vestlige halvkule.

¹⁸⁹ I *Al-Skeini med flere mot Storbritannia* avsnitt 141 og 142.

5 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

Denne oppgaven har vist at EMK artikkel 2 kan få ekstraterritoriell anvendelse dersom konvensjonsstaten som utøver dødelig makt har kontroll enten på territoriet der makten utøves, eller på personen utsatt for den dødelige makten. Om EMD i en konkret situasjon vurderer territoriell kontroll individkontroll, eller en blanding av de to kontrollmodellene, har tidvis fremstått som et tilfeldig valg – domstolen har likevel alltid vært klar på at det er reell kontroll som er avgjørende. Sikkert er det også at en situasjon der en stat okkuperer en annen stat kan være nok til at territoriell kontroll er oppnådd.

Når det gjelder individkontroll er det klart at dersom en person i varetekt blir utsatt for dødelig makt fra en ekstraterritorielt utøvende statsagent, vil dette være innenfor kontroll. Følgelig vil en konvensjonsstat alltid være ansvarlig for drap på sine varetektsfanger utenfor konvensjonsstatens territorium såfremt rettmessighetsgrunnene i EMK artikkel 2 ikke er oppfylt.¹⁹⁰

En nærmere bestemmelse av kontrollbegrepet i forbindelse med retten til liv kan i dag ikke sies å være helt klart fastlagt. Jeg mener likevel at slik EMDs rettspraksis i dag taler er det mye som tyder på at det ikke er nødvendig med en forutgående hendelse for at kontroll skal bli opprettet og følgelig, dersom drap blir begått av statsagenter utenfor eget territorium i dag, vil drap i seg selv være tilstrekkelig til å opprette kontroll. Anvendelse av dødelig makt utenfor statens grenser er dermed i seg selv en krenkelse av EMK med mindre en av rettmessighetsgrunnene i artikkel 2 er oppfylt – altså med mindre bruken av dødelig makt skjer i forbindelse med effektivering av dødsstraff, forsvar av person mot ulovlig vold, lovlig pågripelse, hindring av ulovlig flukt, eller der opptøyer og opprør blir nedkjempet.¹⁹¹

¹⁹⁰ Se EMK artikkel 2 første og andre ledd.

¹⁹¹ Ibid. Se også oppgavens kapittel 1.3 om retten til liv og kapittel 3.

En slik konklusjon kan likevel kritiseres fra flere hold. Særlig er det vanskelig å ha belegg for en slik konklusjon når den kun kan leses ut av tolkninger av domstolens enkeltavgjørelser, og det ikke er noe domstolen selv har sagt i klare ordelag. Videre er *Banković*, der domstolen på ingen måte åpner for at å drepe i seg selv er nok til å opprette kontroll, avsagt av et enstemmig storkammer, mens de påfølgende avvikende avgjørelsene, som støtter opp om oppgavens konklusjon, kun er satt med sju dommere, og ei heller er like reflekterende rundt problemstillingen.¹⁹²

En annen berettiget kritikk av oppgavens konklusjon om at det i dag ser ut til at drap i seg selv er nok til at EMK artikkel 2 får ekstraterritoriell anvendelse, er at denne oppgaven kun har sett på inngangsvilkårene for EMKs ekstraterritorielle anvendelse, og slik ekskludert både omfanget av konvensjonens ekstraterritorielle anvendelse og også dens forhold til humanitærretten. En slik avgrensning har trolig fått følger for oppgavens konklusjon blant annet fordi det er naturlig å tenke seg at tanken på omfanget av en eventuell ekstraterritoriell anvendelse er med på å påvirke inngangsvilkårene.¹⁹³

Jeg mener likevel at en slik berettiget kritikk ikke er nok til at setningen oppgaven konkluderer med ikke står seg. EMDs senere rettspraksis taler klart i retning av at domstolen mener at dersom drap blir begått av statsagenter utenfor eget territorium vil dette i seg selv være tilstrekkelig til å opprette kontroll. Dette er et faktum selv om tanken på omfanget av en ekstraterritoriell anvendelse kan ha påvirket dommernes avgjørelser, og selv om domstolen selv har uttalt lite generelt om hvorvidt drap i seg selv er tilstrekkelig til at kontroll oppstår. I denne forbindelse må det også presiseres at siste ord i saken neppe er sagt. På tross av at domstolen i dag har avsagt såpass mange avgjørelser om temaet at det ikke vil være uproblematisk å snu, har domstolens praksis på dette området utviklet seg såpass motstridende de siste tiårene at en liknende analyse om noen år vil kunne konkludere motsatt av hva denne oppgaven gjør.

¹⁹² Se EMK artikkel 26 der domstolen i kammer består av sju dommere.

¹⁹³ Samme tankegang gjelder her som bak “espace juridique”-argumentet.

Når det gjelder de rettspolitiske vurderingene av omstendighetene for EMK artikkel 2 sin ekstraterritorielle anvendelse, trekker disse i flere retninger. De lege ferenda finnes det gode argumenter både for at EMD burde tolke drap til å være tilstrekkelig til kontrolloppsettelse, men også det motsatte alternativet der en forutgående hendelse er nødvendig for kontrolloppnåelse har gode grunner for seg. Slik situasjonen er i dag, der domstolens klare utgangspunkt er at kontroll er etablert der en person blir drept i varetekt, mener jeg at det er mer som tilsier at tilfeldige drap i seg selv burde være nok til å gi EMK ekstraterritoriell anvendelse enn omvendt. Å unngå et insentiv til å drepe før man spør er i den forbindelse det viktigste argumentet.

Det er en tankevekker at den amerikanske menneskerettighetskommisjonen klart har funnet at AMK kommer til ekstraterritoriell anvendelse på grunn av drap alene. Oppgaven har vist at kontrollbegrepet er et begrep som EMD har utviklet, og at det ikke er noe i EMK som hindrer domstolen i å tolke konvensjonens jurisdiksjonsklausul på samme måte som den amerikanske menneskerettighetskommisjonen gjør. Dersom første store sak om ekstraterritoriell anvendelse av EMK artikkel 2 ikke hadde vært *Banković*, men derimot en mindre politisk ladet sak –eksempelvis der en britisk soldat dreper en sivil iraker –ville det kanskje vært lettere for EMD å si at drap i seg selv er tilstrekkelig til at konvensjonen får ekstraterritoriell anvendelse.

På den annen side tilsier gjennomføringsmekanismenes forskjellige syn på “espace juridique”-prinsippet at sammenlikningen av EMDs tolkning av kontrollbegrepet med den amerikanske menneskerettighetskommisjonens tolkning likevel ikke synliggjør en så veldig reell mulighet for EMD. Mens EMD så godt som har avskrevet dette prinsippet i sin rettspraksis, kan den amerikanske menneskerettighetskommisjonen se ut til å håndheve et “espace juridique”-prinsipp som gir de interamerikanske instrumentene ekstraterritoriell anvendelse kun på den vestlige halvkule. Denne forskjellen gjør at for EMD å si at drap er tilstrekkelig til å gi konvensjonen ekstraterritoriell anvendelse, vil ha betraktelig større konsekvenser enn for den amerikanske menneskerettighetskommisjonen å si det samme – slik

mister sammenlikningen noe av sin kraft og kanskje ville likevel ikke jussen sett særlig annerledes ut dersom første store sak om temaet for EMD hadde vært mindre politisk sensitiv.

Alt i alt er oppgavens tema et område der motsigelser innad i EMDs praksis har vært hyppig forekommende – det kan nesten virke som et område der EMD har tatt avgjørelser uten oversikt over tidligere rettspraksis, eller eventuelt at domstolen har kviet seg så mye for å ta et klart standpunkt at avgjørelsene med vilje blir fremstilt tvetydige. Uansett bakgrunn fremstår resultatet av avgjørelsene fra EMD på dette området som tilfeldige, og spørsmålene vedrørende temaet som stadig flere og mer komplekse.¹⁹⁴

Mens denne oppgaven skrives er det likevel flere saker omhandlende statsagenters bruk av dødelig makt utenfor grensene til sin egen stat som står for behandling for EMD.¹⁹⁵ Disse sakene kan potensielt bevise eller tilbakevise oppgavens konklusjoner og håpet er at domstolen gjør en av delene med utvetydig og sterk stemme – målet bør være at dette viktige og svært politiserte temaet får en klar ramme.

¹⁹⁴ Se blant annet Shany (2013) på side 71 omtale resultatet av domstolens praksis på området som å ha gitt ”...unsatisfactory, if not arbitrary results...”

¹⁹⁵ *Jaloud mot Nederland, Pritchard mot Storbritannia, Hassan mot Storbritannia* og kanskje kan også den kommende saken *Al Nashiri mot Polen* bidra til en oppklaring på området.

6 Litteraturliste

Bøker

Da Costa, Karen. *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*. 1. utgave. Nederland, 2013.

Bombing for peace: Collateral damage and human rights. Christina Cerna ... [et al.]. I: American Society of International Law Proceedings, Volum 96 (2002) side 95-108. (lastet ned fra Hein Online).

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/asilp96&div=14&g_sent=1&collection=journals#107

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art.1-9). Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, Kessing, Schaumburg-Müller, Vedsted-Hansen. 3. utgave. Danmark, 2011.

Gondek, Michal. *The reach of Human Rights in a Globalising World: rial application of Human Rights Treaties*. 1. utgave. Antwerpen, Belgia. 2009.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo, 2012.

Larsen, Kjetil Mujezinović, *The human rights treaty obligations of peacekeepers*. 1. utgave. Storbritannia. 2012.

Larsen, Kjetil Mujezinović, *The European Convention on Human Rights and UN-Mandated Peace Operation: A square Peg in a Round Hole?* 1. utgave. Norge, 2010.

Leach, Philip. *Taking a case to the European Court of Human Rights*. 1. utgave. New York, 2011.

Lubell, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*. Oxford University Press. 2010. Oxford Scholarship Online.

<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199584840.001.0001/acprof-9780199584840>

Milanović, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties – Law, Principles and Policy*. 1. utgave. Oxford, 2011.

Artikler

Altiparmak, Kerem. *Banković: An Obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq?* I: Journal of Conflict & Security Law, volum 9 nummer 2, 2004. Side 213-251 (lastet ned fra oxfordjournals.org).

Cassel, Douglass. *Extraterritorial application of inter-american human rights instruments*. I: Coomans og Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen, Belgia, 2004. Side 175-181.

Cerena, Christina. *Extraterritorial application of the human rights instruments of the inter-american system*. I: Coomans og Kamminga *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen, Belgia, 2004. Side 141-174.

Cerone, John. *The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq*. I: ASIL Insights, 2005.

<http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/11716/1/The%20Application%20of%20Regional%20Human%20Rights%20Law%20Beyond%20Regional%20Frontiers%20The%20Inter%20American%20Commission%20on%20Human%20Rights%20and%20US%20Activities%20in%20Iraq.pdf?1>

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettighetsdomstolens metode*. I: Lov og rett, (2003), side 203-230 (lastet ned fra idunn.no).

Goldman, Robert. *Extraterritorial Application of the Human Rights to Life and Personal Liberty, Including Habeas Corpus, During Situations of Armed Conflict*. Kapittel 6. I: Robert Kolb and Gloria Gaggioli *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*. Storbritannia. 2013. side 104-124. (lastet ned fra Selected Works).

http://works.bepress.com/robert_goldman/12/

King, Hugh. *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*. I: Human Rights Law Review, nummer 9:4, 2009, side 521 – 556. (lastet ned fra oxfordjournals.org).

<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/9/4/521.short>

Lawson, Rick. *Life after Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*. I: Coomans og Camminga *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen, Belgia, 2004. Side 83-24.

Milanovic, Marko. *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*. I: The European Journal of International Law Volum 23 nummer 1. 2012. Side 121-139. (lastet ned fra Oxfordjournals.org).

<http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/1/121.full>

Miltner, Barbara. *Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons*. I: Michigan Journal of International Law. 2012. Nr 33 (4) side 693 – 745. (lastet ned fra Hein Online).

Moore og Simpson. *Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights*. I: British Yearbook of International Law. 2005. Volume 76 nummer 1, side 121-194 (lastet ned fra Oxfordjournals.org). <http://bybil.oxfordjournals.org/content/76/1/121>

O'Boyle, Michael. *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on 'Life after Banković'*. I: Coomans og Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen, Belgia, 2004 side 125-40.

Ryngaert, Cedric. *Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights (Al-Skeini v. the United Kingdom)*. I: Utrecht Journal of International and European Law. 2012. Volum 28(74) side 57-60. (lastet ned fra utrechtjournal.org).

<http://www.utrechtjournal.org/article/view/ujiel.ba>

Scheinin, Martin. *Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights*. I: Coomans og Kamminga, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen, Belgia, 2004. Side 73-83.

Shany, Yuval. *Taking Universality Seriously: A functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*. I: The Law and Ethics of Human Rights. Volum 7 nummer 1, side 47 -71.

Stewart, Alastair. *Back to the drawing Board: Al-Skeini v. UK and the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*. I: Human Rights Review, nummer 4. 2011. Side 110 – 121 (lastet ned fra Hein Online).

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uncolhurire4&div=9&g_sent=1&collection=journals#117

Tittmore, Brian D. *Guantanamo Bay and the Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: A Case for International Oversight in the Struggle Against Terrorism*. I: Human Rights Law Review, nummer 6:2, 2006. Side 378-402 (lastet ned fra oxfordjournals.org).

<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/6/2/378.extract>

Konvensjoner og instrumenter

- AMK: American Convention on Human Rights, San José, Costa Rica, 22. November 1969.
- Den amerikanske menneskerettighetserklæringen: American Declaration of the Rights and Duties of Man, Bogota, Colombia, 1948.
- EMK: The European Convention on Human Rights, Roma, 4. november 1950.
- Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, November 2001.
- Genevekonvensjonene: The Geneva Conventions, 1949.
- Treaty of Relations between The United States and Cuba, 29. mai 1934.
- Verdenserklæringen: Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10. desember 1948.
- Wien-konvensjonen: The Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.

Avgjørelser fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstol i Strasbourg (tidligere den europeiske menneskerettighetskommisjonen)

Al-Jedda mot Storbritannia, storkammeret: 7. juli 2011. Saksnnummer 27021/08.

Al-Saadoon og Mufdhi mot Storbritannia, 30. Juni 2009, (admissibility decision). Saksnnummer 61498/08.

Al-Skeini med flere mot Storbritannia, storkammeret: 7. juli 2011. Saksnnummer 55721/07.

Andreou mot Tyrkia, 3. juni 2008, (admissibility decision). Saksnnummer 45653/99.

Andreou mot Tyrkia, 27. oktober 2009. Saksnnummer 45653/99.

Bankovic med flere mot Belgia med flere, storkammeret: 12. desember 2001. Saksnummer 52207/99.

Golder mot Storbritannia, 21. februar 1975. Saksnummer 4451/70.

Hess mot Storbritannia, 28. mai 1975. Saksnummer 6231/73.

Ilaşcu med flere mot Moldova og Russland, storkammeret 8. juli 2004. Saksnummer 48787/99.

Issa med flere mot Tyrkia, 16. november 2004. Saksnummer 31821/96.

Issak med flere mot Tyrkia, 28. september 2006, (admissibility decision). Saksnummer 44587/98.

Isaak mot Tyrkia, 24. juni 2008. Saksnummer 44587/98.

Kypros mot Tyrkia, avgjørelse 26. mai 1975. Saksnummer 6780/74 og 6950/75.

Kypros mot Tyrkia, 10. mai 2001. Saksnummer 25781/94.

Loizidou mot Tyrkia, 23. mars 1995 (preliminary objections). Saksnummer 15318/89.

Medvedyev med andre mot Frankrike, storkammeret: 29. mars 2010. Saksnummer 3394/03.

Matthews mot Storbritannia, 18. Februar 1999. Saksnummer 24833/94.

Nikolova og Velichkova mot Bulgaria, 20. desember 2007. Saksnummer 7888/03.

Pad med flere mot Tyrkia, 28. juni 2007. Saksnummer 60167/00.

Solomou med flere mot Tyrkia, (admissibility decision) 24. september 2008. Saksnummer 36832/97.

Streletz, Kesser og Krenz mot Tyskland, storkammeret: 22. mars 2001. Saksnummer 34044/96, 35532/97 og 44801/98.

Tyrer mot Storbritannia, 25. april 1978. Saksnummer 5856/72.

Öcalan mot Tyrkia, storkammeret: 12. mai 2005. Saksnummer 46221/99.

Saker ”pending” for EMD

Al Nashiri mot Polen. Saksnummer 28761/11.

Hassan mot Storbritannia. Saksnummer 29750/09. (Skal behandles i storkammer 11. desember 2013).

Jaloud mot Nederland. Saksnummer 47708/08. (9. juli 2013 ble det bestemt at den skal behandles i storkammer).

Pritchard mot Storbritannia. Saksnummer 1573/11.

Avgjørelser fra den amerikanske menneskerettighetskommisjonen og den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen

Alejandre med flere mot Cuba. 29. september 1999. Saksnummer 86/99. Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen.

Coard med flere mot USA. 29. September 1999. Saksnummer 109/99. Den Inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen.

Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador mot Colombia 21. oktober 2010. Saksnummer 112/10. Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen.

Guantanamo, "Persons detained by the United States in Guantanamo Bay" Precautionary Measures, 12. mars 2002, PM 259/02. Den amerikanske menneskerettighetskommisjonen.

Victor Saldaño mot Argentina, 11. mars 1999. Saksnummer 38/99. Den Inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen.

"Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights" 14. juli 1989. Rådgivende uttalelse, 14. juli 1989. Saksnummer OC-10/89. Den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen.

Andre kilder

FNs menneskerettighetskomité. *Concluding observations of the Human Rights Committee: Iran*. CCPR/C/79/Add.25. 3. august 1993.

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/0a2ad0138084929041256324003c98c1?Opendocument>

FNs menneskerettighetskomité. *General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26. mai 2004. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f>

FNs menneskerettighetskomité. *Lopez Burgos v. Uruguay*. Saksnummer 52/1979. 29. Juli 1981.

FNs Høykommissær for flyktninger. *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. 26. januar 2007.

<http://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>

International Court of Justice, Haag, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. 9. juli 2004.

International Court of Justice, Haag, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 19. desember 2005.

Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence. UKHL 26. House of Lords Judgment. 13. juni 2007.